

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

De l'Obligation DES COMMANDITAIRES

ENVERS

LES CRÉANCIERS SOCIAUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 30 Mai 1911, à 1 heure 1/2

PAR

Henri LAMARCHE

Président : M. THALLER

Suffragants : $\left\{ \begin{array}{l} \text{MM. LE POITTEVIN} \\ \text{Ambroise COLIN} \end{array} \right.$

CHATOU

IMPRIMERIE CH. CORNIER

23, RUE DE SAINT-GERMAIN, 23

1911

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

De l'Obligation DES COMMANDITAIRES

ENVERS

LES CRÉANCIERS SOCIAUX

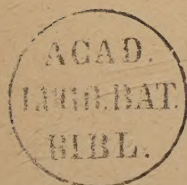
THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le Mardi 30 Mai 1911, à 1 heure 1/2

PAR

Henri LAMARCHE



Président : M. THALLER

Suffragants : { MM. LE POITTEVIN
Ambroise COLIN

CHATOU

IMPRIMERIE CH. CORNIER

23, RUE DE SAINT-GERMAIN, 23

1911

INTRODUCTION

Au début de cette étude il est bon, nous croyons même nécessaire, de jeter un rapide coup d'œil sur l'histoire des sociétés dont nous nous occuperons. Le sujet en sera mieux éclairé et plus complet. Peut-on, en effet, prétendre connaître exactement une institution actuelle si l'on en ignore l'origine et les transformations à travers les siècles?

La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds, que l'on nomme commanditaires ou associés en commandite, tenus jusqu'à concurrence de leur mise seulement. Telle est la définition que nous donne le Code de Commerce dans son article 23 complété par l'article 26.

Un individu apporte un capital, un autre apporte son industrie et son activité commerciale. L'un fait le commerce avec le bien de l'autre et tous deux conviennent de partager les bénéfices dans une certaine proportion. Voilà le schéma de la commandite.

L'idée est tellement simple que l'on n'est pas surpris qu'elle soit ancienne, et si l'on a pas vu de commandite

dès l'apparition de l'homme sur la terre du moins certains auteurs ont-ils voulu en reconnaître chez les peuples les plus anciens : les Egyptiens, les Hébreux, les Grecs. Ces hypothèses sourient à l'esprit et n'étonnent pas la raison, mais la science plus exigeante considère que les documents produits jusqu'ici ne sont pas assez clairs pour faire preuve.

Dans le droit Romain que nous connaissons mieux on trouve des situations juridiques qui présentent avec la commandite la plus forte analogie : aussi devons-nous en passer quelques unes en revue.

Lorsqu'un paterfamilias voulait obtenir de sa fortune un rendement meilleur, lorsqu'il voulait se rendre compte de l'avenir d'une entreprise ou bien qu'il désirait utiliser les qualités et les aptitudes spéciales d'un esclave ou de son fils, sans pour cela paraître en nom et s'exposer au-delà d'une certaine somme : il instituait cet esclave ou ce fils *magister navis* ou *institor*. Il ne risquait que les frais d'installation et de roulement qu'il avait bien voulu avancer, et si l'affaire ne réussissait pas, il ne perdait pas davantage, si au contraire elle examine l'hypothèse et déclare qu'on y peut très bien voir une société, car il n'est pas nécessaire que chacune des parties contractantes doive avoir, en quelque cas que ce soit une part dans le profit de la société ; il suffit qu'elle puisse espérer d'y avoir part ; et on peut faire dépendre de la quantité à laquelle montera le profit de la société, comme d'une condition, la part que l'un des associés y aura. L'opinion de Pothier est très juste, car

le revendeur vraisemblablement n'acceptait la proposition qui lui était faite que parce qu'il prévoyait un bénéfice : le prix fixé était inférieur à la valeur réelle de la chose, ou bien ses relations, son habileté professionnelle lui assuraient un placement avantageux. En tout cas, des deux parties la plus intéressante, celle qui méritait de profiter la première de l'opération, n'était-elle pas le propriétaire de la chose sans qui le revendeur n'aurait pu exercer son industrie et courir la chance d'un gain ? Et, d'ailleurs, dans le contrat de société on admet sans difficulté l'inégalité de répartition dans les bénéfices.

Pratiquement donc le contrat dont s'occupe Ulpien était une société avec répartition inégale de bénéfices, mais d'après une proportion dont l'un des termes était seul fixé et dont l'autre dépendait du chiffre qu'atteindrait le prix de vente.

De ce contrat se rapprochait beaucoup l'*æstimatum* dans lequel des marchands en gros remettaient des marchandises à des colporteurs : s'ils vendaient, ils devaient rapporter un prix fixé, sinon ils avaient le droit de restituer la marchandise sans avoir rien à payer. Mais il y avait là un mandat ou commission ou louage spécial de services, mais pas société.

Nous venons de voir différentes situations juridiques sur lesquelles nous avons les données les plus sûres, mais si nous trouvons dans chacune ou l'un ou l'autre des caractères essentiels de la commandite, nous ne pouvons établir entr'elles et cette société un rapport

de filiation. Elles renferment bien une application spéciale du principe de la commandite, mais c'est tout. Les unes sont des effets de l'organisation particulière de la patriapotestas, les autres sont un prêt, un mandat ou bien un contrat vraiment innommé. A part l'espèce prospérait, à lui revenaient les bénéfices. Si le pater familias avait vis à vis des tiers la situation d'un commanditaire, il ne faut cependant pas voir dans cet exemple une commandite mais une application particulière de la toute puissante patriapotestas.

Sans se rapprocher davantage de la société en commandite le *nauticum fœnus* présente avec elle plusieurs points de ressemblance. Un capitaliste prêtait à un armateur une certaine somme d'argent pour les besoins de son commerce, si le navire sombrait il n'avait droit à rien et on ne pouvait lui demander une plus forte contribution aux pertes. Par contre, étant donné les risques énormes qu'il courait, il lui était permis de stipuler et il stipulait un intérêt tellement considérable qu'il pouvait passer pour être une part d'associé dans les bénéfices. Cependant malgré la disproportion des termes il n'y avait pas encore là société, mais prêt.

Faut-il nier que le droit Romain ait jamais connu des sociétés où les uns faisaient apport de capital et les autres apport d'industrie et où il y avait partage de bénéfices ? Non, et nous pourrions déjà nous appuyer sur le passage suivant du jurisconsulte Ulpien au

Digeste : « Si margarita tibi vendenda dederò, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem ; si pluris, quod excedit tu haberes : mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem ; si minus, præscriptis verbis » (L. 44. D. (17. 2) (1).

Je vous donne des pierres précieuses pour les vendre : si vous les vendez la somme de 40 : vous n'aurez droit à rien ; si vous les vendez un prix supérieur, le surplus vous appartiendra. Y a-t-il là une société, se demande Ulpien ? Peut-être, dit-il, cela dépendra de l'intention des parties. Ce n'est pas un mandat très certainement, car à Rome le mandat est gratuit. Il ne semble pas d'autre part qu'il y ait société, car au fond il n'y a pas partage de bénéfices. Mais si les contractants ont entendu former une société, leur intention sera respectée et l'action pro socio leur sera accordée.

Pothier (2) dans son Traité du contrat de société signalée et discutée par Ulpien, nous n'y trouvons pas trace de société.

Cependant, les sociétés étaient nombreuses chez les Romains et quelques-unes même si puissantes qu'elles étaient presque comme des institutions d'Etat. A Rome les grandes entreprises ne manquaient pas auxquelles l'industrie d'un seul homme, le secours d'un seul patrimoine n'eussent pas suffi. Aussi un savant

(1) Troplong. Du contrat de société n° 34 et s. (T. I. p. 48).

(2) Pothier. Traité du contrat de société n° 13.

auteur (1) s'appuyant sur de nombreux témoignages des juriconsultes, des hommes politiques, des littérateurs romains nous montre-t-il de multiples manifestations de l'esprit d'association. Après la conquête guerrière et violente, Rome entreprenait une conquête pacifique. Ses légions lui avaient-elles à peine soumis une nouvelle province qu'elle la semait de colonies, et aussitôt naissait entre la métropole et sa sujette des relations commerciales. Il fallait organiser et civiliser la province, il fallait ensuite la faire contribuer à la puissance et à la splendeur de Rome. Les citoyens s'associaient alors pour les entreprises de travaux publics, pour les transports par terre et par eau, pour le commerce des vins, des bestiaux, des céréales, des esclaves, etc...

Au dessus de ces négoce où s'exerçait l'industrie de la classe moyenne régnaient, omnipotentes, des sociétés formées entre personnages très influents par la fortune, par les relations politiques ou par l'aptitude commerciale, pour les spéculations les plus compliquées et les plus étendues. Ainsi s'exploitait le commerce de la banque. Les textes nous montrent l'intervention fréquente des *argentarii*, et combien l'exercice de leur ministère était entré dans les habitudes des Romains.

Une source de grands profits chez un peuple guerrier et conquérant, c'était aussi la fourniture des armées. Il y fallait des capitaux énormes, l'association y pourvoyait.

Les provinces étaient pour beaucoup de particuliers

(1) Troplong. Du contrat de société. Préface page X et s.

et de fonctionnaires la source d'immenses fortunes, elles devaient aussi enrichir le Trésor d'importantes contributions. L'Etat mettait en ferme les droits de péage et de douane, les pâturages, les mines, les salines que la conquête lui avait donnés, la dime dont étaient frappées plusieurs provinces, et des sociétés vectigales se formaient pour concourir aux enchères. Les fermiers de ces divers revenus étaient ces publicains dont l'histoire nous fait connaître la puissance à Rome et les exactions en Province. Ils étaient odieux aux populations et l'Evangile en divers passages nous montre la haine que leur portaient les Juifs (1). Dans ces sociétés les uns s'obligeaient directement, les autres intervenaient comme cautions, d'autres n'étaient que de simples participants. Des parts ou égales ou différentes étaient attribuées à chacun dans les bénéfices.

Mais ne nous arrêtons pas plus longtemps sur ces Institutions romaines. Notre but en les rapportant ici n'a été que de noter l'existence dès cette époque de quelques caractères de la société en commandite et pas davantage.

De l'avis des auteurs les plus autorisés (2) l'origine de la commandite se place au Moyen-Age dans la commande de bestiaux ou cheptel. Un individu confie

(1) S. Matthieu XXII 15-22.

(2) Trolong loc. cit. p. 54 Frémery. Etudes de droit commercial p. 36 Cosak. Traité de droit commercial (Traduction Léo Mio) T. 3 p. 83. Saleilles. Annales de Dr. com. année 1895 p. 23.

du bétail à un autre qui doit l'engraisser et le faire fructifier, et tous deux partageront le produit du troupeau.

Ce contrat, qui avait d'abord pour objet des animaux, fut bientôt étendu à des marchandises, et dès lors sa généralisation fut rapide. On remettait des marchandises à un marchand qui allait de ville en ville, de foire en foire, à un capitaine de navire qui visitait de nombreux ports. Ce négociant, ce marin qui apportait pour mise son industrie traitait avec les tiers dont seul il était connu. Le commanditaire ne risquait que son fonds de marchandises. Les bénéfices se partageaient entr'eux dans la proportion adoptée.

Y eût-il dès le début une véritable société ? Il semble que non, l'opération se traitait entre deux ou trois individus rarement plus, et elle se rapprochait beaucoup, parce qu'elle les fondait sans doute tous trois ensemble, du prêt, du dépôt, du mandat. Mais nous devons cependant la retenir, car la société en commandite telle que nous la connaissons aujourd'hui, à travers des transformations lentes mais logiques, vient d'elle directement.

Quand et où naquit ce contrat ? Il serait difficile de le préciser comme pour presque tous les usages des commerçants, car ils sont le produit d'une pratique du commerce qui est à peu près partout la même à une époque donnée. Aussi dès le xir^e siècle, voyons-nous la commandite usitée en Italie et en France dans les grandes

viles commerçantes : à Venise, à Florence, à Pise, à Gênes, à Marseille, à Montpellier. Elle eut un tel succès et se répandit si vite que les statuts de ces villes ne tardèrent pas à s'en occuper et à la réglementer, et nous constatons alors qu'elle a non seulement pour objet des marchandises, mais encore et déjà de l'argent et qu'elle est considérée comme une société (1).

En effet, de très bonne heure on s'aperçut de l'excellent rapport que pouvait fournir l'argent placé dans la commande : et cela aida à sa transformation.

Les lois canoniques prohibaient le prêt à intérêts qui était considérée comme usuraire « non nummus parit nummos ». Les capitaux étaient ainsi frappés de stérilité. D'autre part, les nobles ne pouvaient se livrer au commerce sans déroger, et les clercs parce que leur dignité et l'exercice de leur ministères n'étaient pas compatibles avec le soin d'intérêts terrestres. Grâce à la commande les marchands en acceptant ces capitalistes à titre de bailleurs de fonds leur fournirent l'occasion de profiter des revenus avantageux du commerce, sans qu'ils eussent à s'y mêler directement et en limitant leurs risques au montant de leur mise.

Mais ainsi que le remarque excellemment M. Saleilles : du jour où la commande eut pour objet de l'argent elle devint une société, car autrement le but des parties eût été manqué. On ne pouvait prêter à intérêts et on voulait tirer des revenus de son argent : on ne pouvait

(1) Tronplong. Du contrat de société p. 337, n° 381.

donc intervenir comme prêteur, il fallu devenir associé se déclarer tel et passer pour tel.

Nous venons de dire que les carrières commerciales étaient interdites à un grand nombre de personnes à cause de leur profession ou de leur qualité : gens d'église, gens de robe et d'épée etc.... voilà pourquoi il fallut que la société demeurât entre les parties et n'existât pas à l'égard des tiers.

Ces deux causes transformèrent et précisèrent la commande des premiers temps et nous pouvons dire qu'au XIV^e siècle naquit une nouvelle commandite.

Ce n'est plus maintenant un contrat douteux, sur lequel on puisse discuter, et que l'on rattache à tel ou tel autre : c'est définitivement et véritablement une société. Ce n'est pas encore notre commandite, mais c'est une société où se trouvent réunis la plupart des caractères essentiels de la commandite, caractères que nous avons déjà rencontrés dans tant d'autres rapports juridiques.

Des individus mettent des capitaux en commun, l'un d'entr'eux est chargé d'employer pour le mieux ce fonds social, et la convention détermine la part que chacun aura dans les bénéfices. Il n'y a plus simples rapports de prêteur à emprunteur, il y a société.

C'est alors que se formèrent ces puissantes commandites qui se proposaient l'exportation et le commerce maritime. C'est à cette époque qu'admirablement maniée par les intelligents et hardis Italiens cette nouvelle

forme de commerce leur permit de dominer tout le monde connu. Les Pisans, les Génois, les Vénitiens armaient des flottes entières et visitaient les ports de la Méditerranée et de l'Orient, c'est eux qui en grande partie transportèrent les croisés, c'est eux qui les approvisionnèrent et les tinrent en relation avec la chrétienté. Dans la chrétienté c'étaient les Italiens, de Florence surtout, généralement connus sous le nom de Lombards, qui fondaient les plus grandes entreprises et exploitaient le commerce de banque. Ils étaient les argentiers de l'Europe. Ils prêtaient aux Rois de France comme aux Rois d'Angleterre, se faisant remettre des gages pour garantir leurs avances, ils ruinaient la noblesse, les monastères, le peuple. Tant qu'on avait besoin d'eux ils étaient bien accueillis ; ils s'établissaient en corporation dans certaines villes avec la permission du pouvoir royal ; de nombreuses faveurs leurs étaient accordées « Les dits marchands italiens, pour change, commande, et quelques autres contrats qu'ils fassent ensemble l'un avec l'autre, ne seront par nous, ne par nos gens, repris ne reprochiez des cas d'usure ». (Ordonnance de Louis X le Hutin, du 9 Juillet 1315, art. 5.)

Mais à ces périodes de prospérité succédaient des jours sombres. Lorsque par leur rapace habileté ils avaient accumulé trop de ruines dans le pays, le peuple se soulevait, les seigneurs et les rois sévissaient ; on confisquait leurs biens, on malmenait et on expulsait ignominieusement leurs personnes ; et le nom de

Lombard était haï à l'égal de celui de Juif, jusqu'à ce que par de nouveaux mensonges et de nouveaux artifices ils aient obtenu le droit de revenir et de recommencer leur négoce malfaisant.

A cette époque et pour les raisons exposées plus haut la commandite est une société occulte : société entre commandité et commanditaire elle ne l'est pas vis-à-vis des tiers. Ceux-ci ne connaissent qu'un nom : celui du commandité, c'est lui seul qui a la gérance et l'administration, il traite, il contracte proprio nomine. Le commanditaire n'a droit qu'à un intérêt, et ne peut que se faire rendre compte. Aussi confondit-on alors la commandite avec la société en participation et beaucoup d'auteurs se faisant l'écho les uns des autres répètent-ils en parlant des commanditaires « Participes sunt non socii ».

Deux idées qui semblent contradictoires caractérisent à cette époque la commandite : l'idée de société et l'idée d'occultanéité, et elles préparent la transition à une autre période dans laquelle se forme le type de la commandite telle que nous la connaissons aujourd'hui.

C'est le moment pour nous de parler de l'action et d'en rechercher l'origine.

Quand apparut la commandite par actions ? Est-elle antérieure à la société anonyme ? Il est difficile de le préciser.

Des auteurs ont cru que Law introduisit en France les actions avec son système, d'autres reportent leur

apparition au début du xvii^e siècle (1). M. Troplong (2) signale qu'au xii^e siècle le moulin du Basacle, près de Toulouse, fut concédé par le prieur de la Daurade à une Société, la valeur totale en fut alors divisée en un certain nombre de parts désignées sous le nom d'uchaux que l'on partagea entre tous les associés nommés pariers. Mais nous n'avons pas sur ces uchaux d'autres renseignements, étaient-ils représentés par des titres, étaient-ils cessibles ? On l'ignore. Quant à la société qui était purement civile, elle était aussi anonyme car elle était administrée par des syndics appelés Bajuli que nommaient les pariers réunis en assemblée générale. Aussi des auteurs ont-ils pu conclure que la véritable action industrielle a été ignorée en France avant le xvi^e siècle (3). Cependant l'esprit mercantile des italiens plus précoce que le nôtre avait déjà compris toute la puissance que pouvaient acquérir les capitaux divisés en actions. Ce sont bien, en effet, des actions que ces loghi et ces porzioni ou parts dans les sociétés nombreuses qui se fondèrent chez eux vers la fin du xiii^e siècle. La Banco di Venezia paraît être la plus ancienne : elle date de 1171, mais la Banque de Saint-Georges, fondée à Gènes au xve siècle et dont l'existence se prolongea jusqu'en 1795, en est l'exemple le plus fameux.

(1) Frémery. Etudes du Droit commercial p. 55.

(2) Troplong. Traité du Contrat de Société. Préface p. 74.

(3) Wahl. Traité des Titres au porteur p. 88.

Sur un registre *ad hoc* chaque actionnaire avait à son nom un compte spécial appelé *colonna* sur lequel était porté le nombre de ses actions. A la volonté de l'actionnaire le transfert s'opérait au moyen d'un crédit et d'un débit. Peut-être l'actionnaire n'avait-il pas par devers lui de titres prouvant son droit, mais il semble bien que la liberté de transmission était absolue.

Ces usages se répandirent rapidement en Italie d'où ils passèrent en France; et c'est aux *xvi^e* et *xvii^e* siècles une floraison abondante de grandes sociétés dans notre pays, se proposant comme but surtout de fonder des établissements dans les colonies et de faire le commerce des Indes.

Petit à petit les idées changèrent, les préjugés tombèrent. Le commerce ne fut plus considéré comme œuvre vile et de manant, on ne craignit plus de lui confier ouvertement ses capitaux, et les nobles acquirent le droit d'entrer dans les compagnies sans déroger (ordonnance de 1599).

Que devint la commandite dans cette métamorphose? Elle subsista, se développa, se transforma elle aussi, mais sa notion devint un peu obscure.

En effet, grâce à l'habitude que l'on prit vite de diviser les capitaux en actions, à la multiplicité des sociétés, à l'absence de règle générale qui les réglementât, sociétés en participation alors appelées anonymes et sociétés en commandite se mêlèrent, se confondirent. Dans les unes et les autres il y avait deux sortes d'associés : les uns apportant des capitaux,

les autres apportant surtout leur industrie. Dans les unes et dans les autres la part de chacun dans le fonds commun est représentée par des actions. Dans les unes et dans les autres les commanditaires sont inconnus des tiers qui contractent avec le seul commandité appelé aussi complémentaire. Les unes et les autres enfin avaient la même origine et venaient directement de l'ancienne commande.

A quoi distinguait-on une commandite d'une participation? Sur ce point l'accord et la lumière sont loin d'être faits. La plupart des auteurs cependant estiment que la société créée pour une opération isolée, pour une durée très limitée était une participation. Par exemple un marchand se découvrait le débouché voulu pour une cargaison, mais sa fortune personnelle ne lui permettait pas d'acheter cette cargaison ; il faisait valoir l'affaire aux yeux d'étrangers qui lui avançaient les capitaux nécessaires; en retour il était convenu qu'il leur abandonnerait telle part des bénéfices. Ces individus s'associaient pour un acte de commerce déterminé. N'eût été le partage des gains leur situation eut fort ressemblé à celle de prêteurs.

Les associés en commandite au contraire ne confiaient pas leur argent à un spéculateur hardi. Ils ne voulaient pas d'un coup de bourse à grand rendement, mais aussi à gros risques et sans lendemain. C'étaient des capitalistes savisés, des négociants sérieux ou des particuliers à l'âme commerçante qui étudiaient une affaire de

longue haleine, qui faisaient confiance à un marchand habile et d'expérience, et liaient leur fortune à la sienne. Ils suivaient les opérations, donnaient leur avis, derrière un nom enfin ils faisaient le commerce sans être commerçants.

Nous avons remarqué que d'assez bonne heure en Italie et à partir du début du ^{xvii}^e siècle en France les commandites par actions se répandirent. Par le nombre de leurs associés et l'importance des capitaux qu'ils avançaient les sociétés furent plus et mieux connues, et aussi les associés eux-mêmes. Les tiers s'ils ne connaissaient pas les commanditaires d'une façon officielle ne les ignoraient pas non plus. D'autant que si depuis longtemps déjà on avait pris l'habitude de désigner les Sociétés par le nom du commandité suivi de la formule « et ses associés », maintenant les idées ayant évolué on savait que dans telle grande compagnie était engagé tel grand seigneur, tel magistrat, tel riche bourgeois, et les tiers tendirent à faire partager aux commanditaires eux-mêmes la responsabilité du complémentaire. Nous signalons ce trait sans nous y arrêter, car nous l'étudierons longuement plus tard puisqu'il fait l'objet spécial de ce travail. Il fallait cependant l'indiquer ici : il fait faire en effet à la commandite le pas définitif vers la forme qu'elle revêt aujourd'hui.

A l'ordonnance de 1673 revient le mérite de préciser et confirmer les usages, d'instituer telles mesures utiles à la stabilité des sociétés et à la sécurité des tiers, de mettre enfin de la clarté en cette matière.

L'Ordonnance proclame la commandite une société à l'égal de la société en nom collectif, mais elle est muette sur la société anonyme ou participation (1). Et c'était là un énorme progrès, car nous avons vu avec quelle peine on distinguait la commandite de la participation, quelles raisons on avait de les confondre. Quoi de plus vague que les usages ! surtout à cette époque où la commandite comptait déjà une longue existence pendant laquelle elle s'était développée et transformée par les seules habitudes commerciales.

L'ordonnance exige que les sociétés soient rédigées par écrit (art. 1 du titre iv) pour permettre la preuve plus facile du contrat.

Surtout, innovation remarquable et qui devait être consacrée par les législations modernes, elle fonde le principe de la publicité. Oh ! c'est un essai timide et qui ne pouvait pas ne pas l'être, car nous savons que la grande masse des commanditaires tenait pour diverses raisons à être ignorée du public. Aussi l'ordonnance, respectant cet état d'esprit, ne demande-t-elle que la publicité des sociétés contractées entre négociants. Pour celles-ci en effet, il était important pour les tiers qu'ils fussent au courant de leur composition et de leur fonctionnement. Dans la commandite entre particuliers et négociants, on reconnaît son existence à l'importance des capitaux en jeu et au but de l'entreprise, on voit de

(1) Troplong. — Du contrat de société n° 386 et 399.

suite qui est gérant. Mais dans la commandite entre marchands les choses peuvent se compliquer, et Savary nous en cite des exemples curieux ne correspondant aucunement à l'idée que nous nous faisons de la commandite d'après les lois modernes.

Ainsi quatre commerçants forment entr'eux une société en commandite pour l'établissement d'une manufacture de soies et de brocards : ce sont Fournier, les frères Langlois et Delamarre. Chacun apporte une part du capital, sauf Delamarre qui fournit son industrie. Dans une société ordinaire Delamarre eut dirigé seul l'entreprise, les autres fussent restés dans l'ombre : point ici. Au lieu de rester inactif chaque associé dirigera une partie spéciale de l'affaire. Les frères Langlois achèteront en Italie les soies, l'or et l'argent filé nécessaire à la fabrication ; Delamarre tissera à Lyon ; Fournier vendra les étoffes à Paris. Chacun agit sous son propre et privé nom, chacun est complémentaire ou gérant pour sa partie, chacun est commanditaire de l'autre pour sa part. Et Savary compare cette société à une République idéale où chacun agirait de son côté dans des attributions spéciales et n'aurait en vue que l'intérêt général « c'est aussi dans la société en commandite, « dit-il, que réside toute la puissance du commerce qui « s'y fait, les associés qui la composent agissent et « travaillent séparément, et chacun en leur particulier, « pour le bien et avantage de cette société, sans pouvoir « pourtant rien faire d'eux-mêmes, sans le consentement

« les uns des autres, que ce qui a été convenu par l'acte
« de société ». (1)

On comprend que les tiers qui n'auraient pas hésité devant une commandite ordinaire eussent été facilement trompés par les complications d'une telle société. Aussi l'ordonnance voulut-elle sagement qu'elle fût enregistrée au greffe de la juridiction consulaire, et insérée par extrait dans un tableau exposé en lieu public.

Après l'Ordonnance de 1673 les Sociétés en commandite continuèrent de se multiplier et de prendre de l'importance. Des banques, des grandes sociétés industrielles, de puissantes compagnies coloniales se fondent. Toute la noblesse, les ministres, le Roi lui-même y ont des parts. D'énormes capitaux divisés en un grand nombre d'actions permettent à tous de participer au développement des affaires du pays et de faire des placements avantageux. Presque toutes les Compagnies sont créées avec l'appui du pouvoir royal qui le plus souvent en règle lui-même les Statuts. On tente les buts les plus divers : dessèchement des terres, colonisation, armement de navires, assurance des risques maritimes, banque, verrerie, etc... La plus grande confiance règne. C'est dans un pareil moment que parut l'écossais Law avec son Système. Il fonde sa banque en mai 1716, c'est une commandite par actions, il se charge des fermes générales du royaume :

(1) Savary. — Le Parfait négociant T. I 2^e partie p. 56.

en 1717 il achète le Privilège de la Compagnie des Indes Occidentales, dont, par une innovation hardie qui est du reste la seule qui subsiste des créations de cet homme extraordinaire, il divisa le capital en actions au porteur. La clause au porteur était depuis longtemps connue certes et assurent certains auteurs l'antiquité ne l'a pas ignorée, mais Law fut le premier qui eut l'idée de l'appliquer aux actions.

Les actions obtinrent alors un succès qui tenait de la fureur, leur valeur monta dans une énorme proportion. On ne songea plus qu'à vendre et à acheter, la circulation devint intense, partout on trafiquait de papier et les historiens rappellent tous l'encombrement de la rue Quincampoix. Des fortunes colossales s'édifiaient en quelques jours, rien n'arrêtait ni la prudence, ni le souci de la dignité. L'agiotage ne connut plus de bornes.

On sait ce qui arriva : et la chute du système et la ruine de tous.

Au milieu de cet engouement général pour les vastes entreprises la commandite s'assouplit, s'ouvrit. Elle ne resta plus le secret plus ou moins gardé de quelques individus, elle fut jetée dans le domaine public et devint le bien de tous.

Ce sont les usages nouveaux que le Code de Commerce a consacrés en acceptant la commandite telle ou à peu près que la lui livrait la pratique ; la raison sociale, la publicité donnée au nom du gérant et au chiffre des apports n'étaient plus des innovations.

A travers ce rapide historique nous avons vu la Société en commandite naître et se développer. Pour nous résumer nous pouvons dire que dans son évolution nous distinguons trois formes correspondant à trois périodes.

Jusqu'au ^{xiv}^e siècle nous ne voyons guère que la commande qui se rapproche beaucoup du prêt ou du dépôt.

Du ^{xiv}^e au ^{xvii}^e siècle elle se présente comme une société, mais une société occulte.

A partir du ^{xvii}^e siècle, elle devient petit à petit ce que nous la connaissons aujourd'hui, c'est-à-dire une société parfaite tant vis-à-vis de ses membres que vis-à-vis des tiers.

Cet exposé était indispensable pour situer et permettre de mieux suivre l'étude qui va suivre et qui a pour but l'obligation des commanditaires vis-à-vis des tiers.

Nous reconnaitrons qu'incontestablement les créanciers sociaux ont contre les associés une action oblique. Mais constatant l'insuffisance de cette arme nous nous demanderons s'ils n'ont pas en plus une action directe. Cette dernière établie nous rechercherons les exceptions que pourront opposer les commanditaires poursuivis. Enfin nous déterminerons la juridiction compétente.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ACTION OBLIQUE

Les créanciers sociaux ont très certainement, et personne ne songe à le leur contester, une action contre les commanditaires : c'est l'action oblique dont parle l'article 1166 du Code civil. Il n'y a pas de raison en effet, pour ne pas confondre cette situation d'un créancier vis-à-vis d'une société avec celle de deux particuliers dont l'un serait le débiteur de l'autre. Aucun texte ne s'y oppose, et la jurisprudence n'a jamais hésité à appliquer en ce cas les principes généraux du Droit.

L'article 1166 n'est que le corollaire des articles 2092 et 2093 du Code civil d'après lesquels " tous les biens présents et à venir " sont le gage commun des créanciers. Parmi les biens du débiteur figurent indubitablement les droits et actions.

Le patrimoine de la société en commandite comprend en tout état de cause, au moins la promesse d'apport des commanditaires. Cet engagement forme le gage des créanciers de la société, car c'est en considération de sa valeur qu'ils ont consenti à traiter. Ils auront donc le droit de s'en emparer et d'en forcer la réalisation pour se payer.

Mais l'action que les créanciers vont employer ne leur appartient pas en propre, elle fait partie des biens de la

société au milieu desquels elles représente l'apport lui-même. L'exercice donc en est d'abord entre les mains des gérants, les créanciers sociaux ne pourront en user qu'en se substituant à ces derniers : A quelles conditions le pourront-ils ?

La loi n'en pose pas expressément, mais elles découlent des principes et de la nature même du droit invoqué.

Et d'abord, ici s'applique sans conteste la maxime générale : " pas d'intérêt pas d'action ". Pour que les créanciers sociaux puissent ainsi s'attaquer aux commanditaires pour leur demander le versement de leur mise, il faut que la société représentée par les gérants refuse ou seulement néglige de le faire. Si ceux-ci font rentrer dans la caisse sociale ce qui lui est dû : les fonds dans la proportion où ils rentrent remplacent l'action, les créanciers ne peuvent donc plus s'en saisir et s'en prévaloir. Mais la simple négligence, le simple retard des gérants suffit à justifier leur action. La raison l'indique et les travaux préparatoires ne laissent aucun doute là-dessus « Celui qui contracte des dettes, dit Bigot de Préameneu, engage tous ses biens, ce gage serait illusoire si, au préjudice de ses créanciers, il négligeait d'exercer ses droits » (1). Le résultat visé est de faire montrer au patrimoine social sa véritable valeur, le gérant qui l'administre doit le faire, sinon les

(1) Fenet, XIII p. 238. Locré, XII p. 336 n° 52.

créanciers le font à sa place : leur intérêt est suffisamment démontré par le dommage qui autrement les lèserait.

Que faut-il encore ? Il faut que la créance de celui qui invoque l'article 1166 soit exigible. L'exercice de l'action oblique, en effet, n'est peut-être pas une mesure d'exécution, mais c'est plus qu'une mesure conservatoire : car c'est l'acte qui précède immédiatement l'exécution. Son but n'est-il pas de faire rentrer un bien dans le patrimoine du débiteur sur lequel le créancier veut exercer ses droits de réalisation ?

En résumé donc, des créanciers sociaux dont la créance est exigible peuvent, lorsque la caisse est vide et que les gérants négligent d'agir, se substituer à ceux-ci pour faire compléter leur versement par les commanditaires.

Des auteurs ont soutenu que ces conditions ne suffisaient pas, qu'on ne pouvait ainsi attaquer les associés, et qu'il fallait tout d'abord démontrer l'inaction des gérants : les moins exigeants demandent une mise en demeure préalable. (1)

Evidemment rien ne s'y oppose, et si les créanciers le préfèrent ils peuvent user de cet ultime avis mis à leur disposition par nos lois. Mais il faut reconnaître d'autre part, que rien ne les y oblige. L'inaction des représentants qualifiés de la société est un fait qui

(1) Demolombe, XXV n° 102 et 103. Marcadé, IV n° 493.

s'établira de soi-même dès le premier acte de procédure des créanciers sociaux. En effet, si les gérants n'ont pas agi aucune exception n'entravera leur marche, si au contraire ils ont pris les devants les associés ne manqueront pas de leur opposer de ce chef une fin de non-recevoir. L'action appartient au plus diligent, et cette formule qui résume la situation actuelle ne surprendra pas, car il en est fait assez souvent application dans notre droit.

Ce que nous disons-là suffit à indiquer le parti que nous prenons sur cette autre question posée par d'autres auteurs qui ne peuvent se résoudre à voir les créanciers se substituer de but en blanc et sans plus de formalités à leur débiteur négligent. Un tiers, disent-ils, ne peut ainsi d'un coup de force usurper les droits de son débiteur et se substituer à lui. Il faut qu'une autorité intervienne qui juge de son droit ou tout au moins l'appuie et écarte ainsi toute idée de violence, tout soupçon d'arbitraire. Ils concluent à la nécessité d'une subrogation judiciaire (1) lorsque le débiteur refusera à ses créanciers le droit d'exercer son action.

Il faut louer ici un profond respect de la liberté individuelle et un vif désir de la sauvegarder de toute atteinte. Mais ne faut-il pas aussi regretter que pour atteindre un si noble but, on ajoute à la loi? “ Les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de

(1) Marcadé, IV n° 493 Colmé de Santerre, V n° 81 *bis*.

leur débiteur” dit l'article 1166. La loi emploie ce seul mot “ils peuvent”, c'est à dire, à leur choix ils le feront ou ne le feront pas. Leur seule volonté décidera : “ils peuvent”; et nulle autre condition n'est indiquée. D'ailleurs, en l'absence de tout texte légal comment le juge pourrait-il se déterminer? Au surplus, s'il doit l'accorder toujours cette subrogation à quoi bon son intervention? Mais s'il peut la refuser l'article 1166 est inutile !

A notre avis donc, il suffit que les gérants demeurent inactifs pour que les créanciers sociaux usant de la faculté que leur accorde l'article 1166 se substituant à lui. Prenant sa place ils seront dans son exacte situation vis-à-vis des associés commanditaires. Ils auront des droits, mais ils n'auront pas plus de droits que lui. Et ce principe est intéressant à constater, car une nouvelle question se pose. Un créancier ne peut agir contre son débiteur que si sa créance est exigible. Nous devons donc nous demander si la créance de la société contre le commanditaire est exigible? Si les statuts ne disent pas le contraire, elle l'est très certainement.

Lors de la constitution de la société, par le fait même de leur souscription les associés se sont reconnus débiteurs d'une somme déterminée : à partir de ce moment, leur dette est échue. La loi a la vérité n'exige dès l'abord dans les commandites par actions que le versement du quart : c'est là une condition sine qua non pour que la société soit définitivement constituée.

La prudence commandait cette mesure dans l'intérêt de tous : les tiers comme les actionnaires doivent savoir que tous les associés peuvent verser des fonds et que la liste des souscripteurs ne se compose pas que d'insolvables ; de plus dès les premiers instants il y a des dépenses nécessaires à régler, et il ne faut pas que la naissance et les premiers pas d'une société sérieuse soient entravés par l'action de créanciers impatients. Mais de ce qu'elle exige un versement immédiat la loi n'entend pas dire que l'échéance du supplément est invinciblement retardée. Elle n'en parle pas de ce supplément. S'il ne pouvait pas être exigible de suite, ne l'aurait-elle pas dit ? Cela eut été pourtant de la première importance, car il eut fallu que les tiers sachent nettement qu'à tel moment déterminé tel capital seulement eut été à leur disposition. Connaissant le montant et la valeur de leur gage, et ces renseignements sont indispensables à tout véritable homme d'affaire, ils auraient traité en conséquence. Certainement, donc, si les tiers n'avaient pu compter sur le capital souscrit et annoncé, une disposition spéciale l'eût révélé, et les portions de capital dues et leurs échéances eussent été d'une façon ou d'une autre portées à la connaissance de tous.

Au lieu de cela, non seulement le législateur ne parle à aucun moment de terme ou de condition suspendant le paiement de partie de l'apport, mais il prend toutes les précautions pour que le versement puisse être immédiatement fait.

La totalité du capital doit être souscrite, et la souscription à laquelle on joint la liste des souscripteurs est constatée par une déclaration du gérant dans un acte notarié. Voilà qui donne à cette première opération toute la solennité et toute l'authenticité voulues : pour faire réfléchir l'associé qui s'engage, pour donner toute confiance aux tiers dans le sérieux de l'entreprise.

Toutes les autres dispositions de la loi restent muettes sur toute modalité pouvant être invoquée par les souscripteurs ou détenteurs d'action pour ne pas verser de suite le complément du capital par eux promis. Bien plus toute une série de prescriptions interviennent destinées à assurer de plus en plus le paiement des sommes promises et leur complet engagement vis-à-vis des tiers : " les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération " (art. 3 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par la loi du 1^{er} août 1893), un extrait de l'acte constitutif publié dans les journaux d'annonces légales fait connaître " le montant du capital social et le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires " (art. 57 de la loi de 1867), sur tous les documents émanant de la société doit figurer " l'énonciation du montant du capital social " (art. 64 de la loi de 1867).

Ainsi le capital social est exigible puisqu'il est constamment offert aux tiers et que les associés ne jouissent d'aucune modalité pouvant retarder leur obligation.

Tout ceci est bien exact lorsque les statuts n'ont rien prévu. Mais il se peut que les associés se soient réservé dans l'acte de société des délais pour le versement de leur mise : dans ce cas les créanciers exerçant les droits de la société devront respecter ces clauses. Ils ne peuvent, avons nous déjà dit, avoir plus de droits que la société leur débitrice, et ils devront subir les mêmes exceptions.

L'article 1166 est une application particulière des articles 1134 et 1165 : les conventions légalement formées sont la loi des parties, le créancier ne peut donc se gérer autrement que celui qu'il remplace, et s'il prend ses droits il devra subir ses obligations.

C'est ainsi qu'au moment où il voudra l'atteindre l'associé débiteur lui opposera l'exception de dol. Il a été déterminé à entrer dans la société par suite des manœuvres frauduleuses du gérant, or la société au nom de qui on le poursuit est responsable du dol de son gérant. Et ceci n'est qu'un exemple, car il existe bien d'autres cas où l'associé pourra répondre à l'action de la société par une fin de non-recevoir.

L'action oblique de l'article 1166 a donc des inconvénients pour le créancier impayé. N'a-t-il plus d'autre ressource que de briser l'élan d'une société qui a peut-être devant elle un bel avenir, de perdre ainsi peut-être une cliente avantageuse et d'assigner en déclaration de faillite. Cette solution brutale, si l'affaire est bonne en soi, ne peut être que nuisible pour tous.

Son action oblique est arrêtée, cependant sa patience est à bout, ses intérêts sont compromis : il ne peut plus attendre, faut-il jeter bas l'édifice et s'ensevelir sous ses ruines ? Car les créanciers peuvent être nombreux, mais moins pressés ils font crédit à leur client et confiants dans son avenir ils attendent des jours meilleurs : de la faillite il ne faut attendre que de la monnaie de dividendes. Une action directe des créanciers sociaux contre les commanditaires serait le remède à la situation. Existe-t-elle cette action directe ? C'est ce que nous allons maintenant rechercher.

CHAPITRE II

DE L'ACTION DIRECTE

La question de l'action directe a, à une certaine époque et à propos d'un procès dans lequel intervinrent des juriconsultes éminents, vivement passionné les auteurs. Aujourd'hui encore bien que la jurisprudence se soit depuis longtemps établie en faveur de l'existence de cette action, la Doctrine reste partagée.

Dans un premier système on n'accorde aux créanciers sociaux que l'action oblique de l'article 1166. Nous venons de voir quels en sont les inconvénients. Un second système soutient que pendant l'existence de la société, il faut s'adresser au seul gérant qui la représente et la résume en sa personne, mais reconnaît qu'après la dissolution de la société et spécialement en cas de faillite, les créanciers auront l'action directe :
« parce que la personne civile étant détruite avec son
« représentant légal, il faut bien permettre de rechercher
« sous ses ruines les éléments désunis qui la compo-
« saient et rien ne s'oppose plus à ce que les créanciers
« remontent jusqu'aux maîtres de ces mises, tombées
« du patrimoine d'une société dissoute dans la main
« des individus jadis associés qui ont pris sa place. » (1)

Il est vrai que dans la jurisprudence nous ne trouvons que des cas d'action directe intentée après la faillite de

(1) Troplong. Contrat de société n° 83.

la Société. Mais ce n'est là qu'un fait qui ne peut prévaloir contre le droit. De ce que les créanciers n'ont usé de leur action qu'après la faillite, on ne peut prétendre conclure qu'elle n'existait pas auparavant et qu'ils n'auraient pu l'exercer. D'ailleurs nous aurons l'occasion de remarquer dans certains motifs formulés par la Cour de Cassation que malgré les espèces qui lui sont soumises elle entend bien reconnaître un droit que les créanciers pourront exercer en tout temps. La faillite, en effet, ne crée ni ne détruit les droits des créanciers : elle les laisse subsister. Si donc le syndic représentant les créanciers agit après son avènement ce ne peut être qu'en vertu d'un droit dont ceux-ci étaient déjà titulaires. La faillite, d'autre part, influe sur la société, être moral, mais elle ne modifie en rien la situation juridique particulière de chaque associé.

Pour toutes ces raisons nous négligerons le système intermédiaire ne nous trouvant en présence que des deux opinions extrêmes.

L'action directe existe-t-elle ? Telle est la question que nous allons examiner.

On comprend alors l'importance de l'historique que nous avons fait dans l'Introduction, car pour se faire une idée exacte de la nature et des effets de la commandite au point de vue spécial qui nous occupe, il est nécessaire de ne pas ignorer son origine et ses transformations. Nous avons pu constater que la commandite était presque telle que nous la connaissons aujourd'hui

et qu'à travers les siècles se sont développés seulement les caractères dont le germe existait déjà au début. De même il faut reconnaître que si pour plus de commodité nous avons distingué des périodes très nettes dans son évolution, en réalité ces périodes n'existent pas, ou du moins elles se compénètrent et constituent un ensemble qui est le développement lent et logique d'une institution toujours identique à elle-même.

Le moment est venu maintenant de rechercher si à travers les âges la commandite a comporté l'action directe des tiers contre les commanditaires.

SECTION I

L'ACTION DIRECTE EN ITALIE

La société en commandite parut au Moyen-Age spontanément, et en même temps dans les grandes villes d'Italie et du midi de la France. Existant en fait dans plusieurs institutions juridiques dans lesquelles tout naturellement le capital s'associait au travail pour que tous deux en retirassent un mutuel profit, elle reçut des besoins nouveaux et de l'organisation sociale d'alors une vive impulsion. Mais c'est en Italie, patrie de commerçants audacieux et habiles, que son développement prit le plus d'extension et qu'elle fut le plus étudiée. Il est donc tout naturel que nous consultations d'abord les auteurs de ce pays.

Casaregis qui fut professeur à Pise et qui a longtemps habité Florence nous décrit ainsi la commandite (1) :

« Accomandita sive societas inita per viam accomanditæ, quæ multum solet praticari Florentie, nihil aliud est quam communis negotiatio inter accomodantes et accomodatarium pro capitalibus respective ab eis in negotio expositis, in quo non expenditur nomen accomandantium sed accomandarii duntaxat, et sic jus formale ipsius negotii residet penes accomandatarium qui habet totale exercitium et administrationem, et proprio nomine contrahit et distrahit ; et accomodans habet tantum interesse per participationem em prorata capitalis immisi, non vero per proprietatem in jure formali ipsius negotii, ita ut dici nequeat quod vel ex mandato expresso, vel tacito accomandantium contrahentes cum negotio sequantur fidem et personam dictorum accomandantium. »

Il faut bien considérer que nous sommes à l'époque où le caractère de société de la commandite commence à s'affirmer avec netteté ; ce n'est plus la commande, ce n'est pas encore la commandite développée que nous connaissons aujourd'hui. C'est déjà une société mais une société occulte, du moins ainsi le voulaient les commanditaires parmi lesquels se comptaient beaucoup de personnes à qui leur qualité refusait la carrière

(1) Casaregis, discursus legales de commercio, 29, n° 24. Venise 1740.

commerciale : « in quo non expenditur nomen accommandantium sed accommandatarii duntaxat ». Voilà pourquoi aussi Casaregis souligne que le commandité seul gère et traite : « habet totale exercitium et administrationem et proprio nomine contrahit et distrahit. »

Ces précautions prises, on dut bien dans la pratique avouer que ce commerçant dont le nom seul était avancé avait derrière lui des associés. Ceux-ci ne pouvaient rester inconnus des tiers qui ne les considéraient pas comme de vulgaires créanciers de l'entreprise. Ne prenaient-ils pas une part dans les bénéfices, leur influence occulte ne se faisait-elle pas sentir sur la direction, n'était-ce pas avec leurs capitaux que le gérant s'était engagé ? Ils étaient donc partie dans les contrats, par conséquent responsables.

La question de la responsabilité des tiers se posait avec tous les jours plus de force. Il fallait lui donner un fondement juridique. La grande loi générale alors était le droit Romain, et c'est sur lui que tout d'abord on s'appuya. On chercha à étendre par analogie les conséquences de ses institutions.

N'y avait-il pas une sorte de mandat des commanditaires aux associés en nom ? Non car admettre que les commandités n'étaient que des mandataires c'était rendre les commanditaires responsables personnellement pour le tout. On eut excédé l'intention des parties, forcé les faits et dépassé le but par conséquent.

Invoker l'action institoire était difficile ; le cas

auquel elle s'appliquait était trop spécial et ne pouvait en aucune façon être comparé à une association commerciale, du reste elle aussi aboutissait à une responsabilité pour le tout.

L'idée de l'action de *peculio* ne réagissant contre le *paterfamilias* que dans la mesure du pécule plut davantage. L'analogie se présentait du reste avec plus de vraisemblance, car le commandité n'était pas un simple préposé, un *institor*, mais un véritable entrepreneur. Aussi arriva-t-on de bonne heure par cette voie à reconnaître une société comprenant deux sortes d'associés : ceux qui agissent et qui deviennent par cela même débiteurs personnels, et ceux qui n'agissent pas et qui font simplement agir leurs capitaux : ils restent responsables seulement dans la limite des fonds qu'ils ont fournis.

C'est justement à une époque où ces notions s'étaient bien précisées que Casaregis écrivait.

Chacun des caractères qu'il signale est de l'essence de la commandite : l'un manquant on se trouverait en face d'une société en nom collectif.

Ainsi des individus s'associent pour faire le commerce. Chacun d'eux apporte un capital déterminé, que ce soit de l'argent, des marchandises, des vaisseaux, des immeubles : peu importe. Quelques-uns peuvent même n'apporter que leurs connaissances, leur industrie. De toutes façons une masse commune est constituée.

Puis, les uns les autres apportent au service de

l'entreprise leur activité particulière ; ils en dirigent l'ensemble d'un commun accord ou pour plus de facilité chacun en commande une partie. Les tiers traitent indifféremment avec l'un ou l'autre.

Ce sont là les caractères inverses de ceux que Casaregis nous a montrés dans la définition de la commandite : quelle en sera la conséquence logique ?

Un individu qui fait le commerce engage par cela même sa fortune entière. Qu'il s'associe à d'autres, sa situation ne changera pas ou du moins les risques qu'entraînent ses actes auront la même répercussion sur son patrimoine. Non seulement il traite alors pour son propre compte, mais puisqu'il est en société, il traite aussi pour le compte de ses co-associés. Par le fait même qu'ils ont uni leurs capitaux et leur activité, ils se sont donné mandat les uns aux autres d'agir au mieux des intérêts de tous, et c'est une règle de droit en même temps que de raison que le mandataire engage le mandant par ses actes.

Les associés donc s'engagent indéfiniment eux-mêmes, ils engagent indéfiniment leurs co-associés : telle est la situation dans la société en nom collectif.

Mais serait-il juste, serait-il rationnel que celui qui n'apporte en société qu'une somme déterminée et qui par là marque nettement qu'il ne veut pas s'engager à plus, qui affirme davantage encore cette intention en s'abstenant de tout acte de direction et même de gestion, en se cachant à tous, soit tenu sur le reste de

sa fortune? Non certes. Si son co-associé engage tous ses biens : c'est, nous venons de le voir, parce qu'il agit. Or celui-là n'apporte pas ses soins à l'entreprise.

C'est la conclusion qui s'impose en toute équité et que Casaregis ne manque pas de relever. « *Hujusmodi « enim accomodantes seu participes in accomandita, « non obligantur erga creditores accomanditæ, ultra « capitalia per eos respective in negotio exposita, « accomandatarius vero in solidum obligatur erga « omnes secum contrahentes.* » (1)

Nous avons constaté que dans la société en nom collectif l'élément dominant et caractéristique était l'association des personnes. Dans la commandite le capital seul apparaît avec le nom de quelques associés ; aussi est-ce plutôt une association de capitaux que de personnes « *nihil aliud est quam communis negotiatio* » disait Casaregis. Les tiers contractent plutôt avec la chose qu'avec le gérant lui-même « *contrahentes cum « negotio* ». Le gérant a le droit d'engager le capital qui n'est autre que la réunion des mises ; il engage donc les commanditaires jusqu'à concurrence de leur mise.

Notre auteur ne s'y trompe point et il déclare sans ambiguïté que les associés gérants sont engagés pour le tout parce qu'ils traitent en nom, et que si, parce qu'ils ne font aucun acte, l'obligation des commanditaires ne dépasse pas leur mise, ils n'en sont pas moins obligés eux aussi envers les créanciers sociaux.

(1) Casaregis, loc. cit. n° 25.

Il y a, à n'en pas douter, obligation directe.

Toute obligation entraîne une sanction qui est l'action, et qui participe de sa nature. A l'obligation directe correspond donc nécessairement l'action directe.

Peut-on dire que dans ses expressions, Casaregis a dépassé sa pensée ? Ce serait difficile, car professeur et ayant particulièrement étudié les matières commerciales il connaît aussi bien les institutions juridiques que la valeur des mots.

Du reste, dans la suite de son discours il aurait tout au moins pu atténuer ce qu'il venait d'avancer, et c'est le contraire qui arrive. Il continue, en effet, en disant que si le commanditaire pour une raison quelconque laisse le gérant joindre son nom au sien : il sera tenu pour le tout. (1) Que change-t-il ici ? Seulement le chiffre de l'obligation, la nature en reste la même. Ne l'eut-il pas dit autrement lui qui aime préciser et même prévoir les hypothèses possibles !

Il déclare plus loin que la société étant dissoute, les créanciers non payés par le gérant ne pourront rien réclamer aux commanditaires après le partage, à moins que ce partage n'ait eu lieu à leur insu et en fraude de leurs droits. (2)

Le doute n'est donc plus permis. Dire qu'après le partage l'action ne pourra plus être intentée n'est-ce pas dire qu'elle pouvait l'être jusqu'à ce moment ?

(1) Casaregis, loc. cit. n° 27.

(2) Casaregis, loc. cit. n° 29.

Concluons donc qu'en Italie l'action directe des créanciers sociaux contre les commanditaires existe. Nous en trouvons la preuve dans la nature de la commandite et la confirmation dans les auteurs qui l'étudièrent à cette époque.

C'est alors que la législation française consacrant les solutions admises va préciser les conditions de la société en commandite et lui donner sa forme définitive.

SECTION II

L'ACTION DIRECTE DANS L'ORDONNANCE DE 1673

L'action directe était-elle admise dans notre ancien droit sous le régime de l'Ordonnance de 1673 ? C'est une question sur laquelle les auteurs ne sont pas généralement d'accord. Ils affirment ou ils nient, peut-être au fond n'ont-ils pas étudié la question de très près.

Bravard-Veyrières (1) soutient que les auteurs et la Jurisprudence refusaient aux tiers toute action directe. Troplong (2) est de cet avis, tout en reconnaissant " des exemples éclatants " du contraire, parmi lesquels il cite la Société organisée par Colbert pour les assurances

(1) Bravard-Veyrières. *Traité de Dr. Com.* p. 333.

Dalloz. *Code de Com.* annoté art. 26 n° 128.

Dalloz. *Jurisprud. Gén.* V° Sté n° 1330.

(2) Troplong. *Du contrat de société* T. 2 n° 829.

Maritimes. Delangle (1) énumère les opinions sans prendre parti.

Bédarride et M. Saleilles sont nettement de l'avis opposé (2).

Il faut remarquer que pour se prononcer ces derniers auteurs ne se sont pas contenté de reproduire l'opinion de quelques auteurs contemporains ou de prendre une moyenne : ils sont remontés aux textes originaux. Nous allons quoique rapidement en faire autant.

Nous avons vu quel était le régime de la commandite en Italie, nous savons d'autre part que ce genre de société s'était formé spontanément en Italie et en France, le Droit Romain, fonds général du Droit à cette époque, avait aidé à son développement : il n'est pas étonnant que la commandite ait subi en France les mêmes règles qu'en Italie.

En face d'une telle situation que va faire l'ordonnance, premier texte formel intervenant en la matière ? L'hésitation n'est pas longue, voici en effet ce qu'elle décide textuellement aux articles 7 et 8 de son titre 4 :
« ART. 7.— Tous associés seront obligés solidairement
« aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un
« qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la compagnie
« et non autrement.

(1) Delangle. Des sociétés com. p. 269 n° 276.

(2) Bédaride. Traité des faillites et banqueroutes p. 434.

Saleilles. Annales de Dr. Com. année 1895.

« ART. 8. — Les associés en commandite ne seront « obligés que jusqu'à concurrence de leur part. »

L'article 7 se rapporte manifestement à la société en nom collectif, mais il semble impossible de reproduire l'article 8 sans lui. C'est, en effet, une même phrase que pour plus de clarté on a scindée en deux. Supprimez la coupure en articles, remplacez le point par une virgule et vous verrez que non seulement les idées sont liées, mais encore que les deux propositions font partie d'une même phrase.

Il n'y a qu'un principe pour la société en nom collectif comme pour la société en commandite : tous les associés dont le nom est engagé sont obligés pour le tout. C'est sous une forme claire quoique concise ce que le Code de Commerce devait dire plus tard dans son article 24 : les commandités sont entr'eux comme des associés en nom collectif.

A ce principe une seule exception. Le mot exception n'est même pas très exact, car l'article 8 s'occupe maintenant d'une autre catégorie d'associés, de ceux qui ne sont pas en nom. Cet article est plutôt une conséquence du principe énoncé dans l'article précédent : les associés en commandite, c'est-à-dire, ceux qui ne figurent pas dans la signature sociale sont aussi obligés, mais seulement jusqu'à concurrence de leur part.

Il est certain que les associés en nom collectif peuvent être actionnés directement par les créanciers sociaux. Les commanditaires étant comme eux obligés aux

dettes, pourront donc aussi être exposés à cette même action directe.

La nature de l'obligation, par conséquent de l'action, est bien la même dans les deux cas : l'étendue seule en diffère.

C'est ce que nous comprenons à la lecture du texte de l'ordonnance. Mais est-ce bien ce que voulait le législateur, est-ce bien ce qu'avaient voulu dire ceux qui l'avaient préparé ? Demandons-le à Savary, commerçant expérimenté, qui en fut l'un des auteurs.

L'ordonnance paraissait à une époque où la commande avait reçu dans notre pays surtout la plus grande extension. Grâce à elle des entreprises considérables avaient pris un magnifique essor. Les compagnies de colonisation, les sociétés de Banque se multipliaient. La grande industrie qui se développait alors avec rapidité avait trouvé dans cette combinaison un moyen commode de grouper d'importants capitaux. Les particuliers voyaient avec raison en elle un placement très productif pour leurs fonds sans que pour cela ils fussent obligés de faire acte de commerce ni même de se faire connaître.

Aussi le législateur, guidé par les avis éclairés de véritables hommes d'affaires, tenait-il compte des intérêts de tous et consacrant les usages ne prenait-il que les précautions strictement nécessaires à la protection des tiers.

Les six premiers articles du titre 4 de l'ordonnance

assujettissaient les actes de société à certaines formalités. Parmi celles ci figurait la publicité, premier essai que devaient reprendre plus tard les rédacteurs du code. Mais on ne sait dans quel esprit de défiance spéciale vis à vis des commerçants l'enregistrement n'était ordonné que des sociétés qu'ils formaient entr'eux seuls. « L'extrait de société entre marchands et négociants, tant en gros qu'en détail, sera enregistré au greffe de la juridiction consulaire... » spécifiait l'article 2. Défiance des gens de commerce ou respect de l'anonymat désiré par les capitalistes et voulu par les mœurs de l'époque, peut-être ces deux motifs réunis excluaient par les termes limitatifs du texte les commandites dans lesquelles entraient de simples particuliers de la nécessité de l'enregistrement.

Cependant les dangers de fraude redoutés dans un cas se présentaient les mêmes dans la seconde hypothèse. Aussi Savary (1) regrette-t-il que la même mesure ne lui ait pas été étendue dans l'intérêt même du « bien public », car les commanditaires sont obligés jusqu'à concurrence de leur part et « les créanciers demeureraient frustrés de cet avantage, si les deux associés s'entendaient ensemble ».

Savary ainsi entendait bien comme nous les termes de l'ordonnance, loin de proscrire l'action directe il la proclame en termes formels, puisque c'est uniquement

(1) Savary. Le parfait négociant. T. I. - II^e Partie - liv. 1 chap. 1.

pour lui conserver toute sa valeur et lui permettre de rendre tout son effet qu'il réclame une publicité que la loi n'a pas cru devoir ordonner. C'est bien une obligation personnelle qu'il veut rendre la plus effective possible, puisque deux pages plus loin parlant de la société anonyme, qui n'était que notre moderne participation, il reconnaît qu'il n'y a aucun lien de droit entre le « participe » et les tiers en la présentant « comme n'important en façon quelconque au public ».

Pourquoi le commanditaire, qui à la différence du participe, est obligé envers les créanciers sociaux, ne l'est-il que dans la mesure de son rapport ? Les raisons qui en rendaient compte dans l'ancien droit alors que la commandite n'était régie que par les usages du commerce, raisons que Casaregis a résumées, sont exactement les mêmes après la promulgation de l'ordonnance. Le compliméntaire ou commandité fait toutes choses activement et passivement sous son nom singulier, les tiers ne connaissent que lui et ne suivent que sa foi et non celle de l'autre associé dont le nom ne paraît jamais dans les négociations : et c'est pour cela que cet autre associé « n'est point obligé personnellement en toutes les dettes contractées par le compliméntaire (1).

Cette expression de Savary dans un texte déjà très explicite est cependant à relever. Dire que le comman-

(1) Savary. Parfait négociant. Parère 52°. T. 2, p. 446.

ditaire n'est pas obligé personnellement en toutes les dettes n'est-ce pas déclarer très nettement qu'il ne l'est pas sur tous ses biens indéfiniment ? Exclure l'obligation la plus étendue n'est-ce pas admettre l'obligation restreinte ? Nier l'obligation personnelle n'est-ce pas avouer l'obligation réelle ? Puisqu'il n'agit pas le commanditaire ne sera pas tenu sur tout son patrimoine, il sera tenu seulement réellement sur son apport à la société.

La pensée de Savary, père de l'ordonnance, était à noter, car si claire que soit la loi on n'empêchera jamais que de sa concision on ne fasse sortir des raisonnements et des développements contraires à son esprit. Heureusement en ce qui concerne l'ordonnance de 1673 nous avons pour appuyer notre façon de voir le commentaire propre de l'un de ses auteurs, que confirment d'ailleurs unanimement les observations et explications de nos anciens juriconsultes.

« Les associés en commandite ne sont ordinairement tenus que jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis dans la société et non au-delà » dit Jousse sous l'article 8 (1).

Tous les associés sont tenus sur le capital qu'ils ont formé, si les dettes sociales dépassent ce capital « il n'y a que ceux qui portent le nom de la société qui

(1) Jousse. Commentaire sur l'ordonnance de 1673 p. 73.

soient obligés pour le surplus » déclare de Ferrière (1).

Nous pourrions ainsi citer bien des auteurs répétant les mêmes choses en termes aussi précis. Nous nous bornerons à reproduire après Merlin (2) l'opinion de Bourjon sur l'obligation des commanditaires : « Les
« engagements que l'un des associés contracte et qu'il
« souscrit pour lui et compagnie, réfléchissent contre
« tous les autres, et ils sont tenus solidairement...
« Cette réflexion d'engagements cesse en certains cas :
« l'associé en commandite ne peut être engagé par le
« fait des autres, au-delà du fonds qu'il a mis dans la
« société ; c'est la nature d'une telle société limitée à
« ces fonds.... De là il s'ensuit qu'en abandonnant ces
« fonds sur lesquels la poursuite des créanciers est
« limitée à son égard, il ne peut être actionné de leur
« part. »

Bourjon comme les autres admet l'action directe des créanciers sociaux, puisqu'il détermine à partir de quel moment, à la suite de quelle circonstance ils ne pourront plus exercer leur action. Mais sa dernière phrase est encore à signaler pour l'expression dont elle désigne le moyen qu'ont les commanditaires d'échapper aux poursuites : ils dégageront leur responsabilité par l'abandon de leur mise. Cela fait penser à l'abandon

(1) De Ferrière. Dictionnaire de Droit. V^o Banque.

V. Boutaric. Explication de l'ordonnance sur le Com. p. 23.

Bornier. Conférence sur l'ordon. T. 2, p. 446.

(2) Merlin. Questions de Droit. V^o Société § 2.

noxal du Droit Romain, au déguerpissement de notre Ancien Droit, au délaissement du Droit moderne. Cela indique bien que les commanditaires n'étaient tenus que propter rem, que pour leur mise : l'abandon ne se comprendrait pas s'il n'était d'une chose déterminée. Cela enfin confirme nettement la distinction que nous faisons plus haut en disant que la commandite était surtout une société de capitaux, que la mise seule des commanditaires et non leur personne entrerait en Société : « nihil est aliud quam communis negotiatio » disait Casaregis. En traitant, les commandités ne peuvent engager les personnes au-delà des mises : il faudrait pour cela qu'ils en eussent reçu le mandat, mais par le fait même de l'association ils ont reçu le pouvoir, le mandat tacite d'engager les mises dont la réunion forme le capital social.

Nous avons vu le texte formel de l'Ordonnance, les commentaires unanimes des auteurs, cependant dans ce concert une note discordante existe que les adversaires de notre thèse ne manquent pas de faire sonner bien haut. On nous oppose Pothier et on nous accable de toute son autorité. « N'y ayant, dit-il, que l'associé connu qui fasse seul et en son nom les contrats de la société, c'est une conséquence qu'il n'y a que lui seul qui s'oblige » (1).

Ainsi ce sont les actes et contrats qui obligent : il est

(1) Pothier. Traité du Contrat de Sté n° 101 et 102 p. 278. Edition Bugnet.

très compréhensible qu'à ce titre le commandité soit tenu, mais pourquoi le commanditaire le serait-il alors que tout acte de gestion lui est interdit ? Tel est le raisonnement de Pothier : les commanditaires s'engagent envers le commandité, voilà un premier contrat ; le commandité à son tour s'engage vis-à-vis des tiers, voilà un second contrat ; mais il n'y a aucun lien entre les commanditaires et les tiers entre qui se dresse celui que dans notre Ancien droit on appelait le complimentaire.

Pothier refuse l'action directe pour le motif qui nous l'a fait réduire jusqu'à concurrence de la mise. Si le commanditaire en effet, pouvait faire ce que fait le gérant : il devrait être comme lui indéfiniment tenu. Pour quelle raison s'il n'y avait aucune différence dans les fonctions en admettrait-on une aussi importante dans les obligations ?

Dans la société même la situation juridique du commandité n'est pas autre au fond que celle du commanditaire. Comme lui il apporte une mise, comme lui il aura une part dans les pertes et les bénéfices (1). La nature de son droit est la même. Ce qui les différencie l'un de l'autre c'est la fonction. Le commanditaire fait un apport matériel et c'est tout. Le commandité, lui, peut faire aussi un apport matériel, mais il fait

(1) Arcangeli, *La Societa in accomandita semplice* p. 257 :

La nature de l'action directe se trouve dans la nature de vrai et propre associé reconnu par la loi aux commanditaires.

surtout un apport d'industrie, d'activité, d'expérience, un apport que pour l'opposer mieux à l'autre on pourrait qualifier moral. A la masse des capitaux formés par la réunion des mises il faut un gérant : le commandité est celui-là. La personne des commanditaires restant en dehors de la société ne sera jamais engagée, la mise au contraire le sera toujours, car c'est elle qui constitue la société, le fonds social. C'est avec elle que traitent les tiers par l'intermédiaire du gérant. Si celui-ci est tenu indéfiniment c'est parce que les tiers ont suivi sa foi ; sa fonction seule étend son obligation, et sa fonction il la tient de la force des choses confirmée par la loi.

C'est bien ce qu'avaient compris tous nos auteurs, c'est ce qui résultait de la nature de la commandite que nous révèle l'histoire, c'est ce qu'avait sanctionné l'ordonnance. Pothier seul est d'avis contraire, si grande confusion que nous en éprouvions il faut l'avouer : Pothier s'est trompé. Son esprit habitué à l'implacable logique des jurisconsultes romains, formé aux contrats du pur droit civil, dressé à en déduire les conséquences rigoureuses, n'a pu s'adapter aux règles du Droit Commercial qui sont plus souples et se soucient davantage de satisfaire à l'équité et aux besoins de la pratique.

Pothier non seulement ne comprend pas la commandite, mais encore il viole l'Ordonnance en soutenant que le commanditaire n'est tenu qu'envers l'associé principal. Merlin a déjà relevé cette erreur.

Cette opinion est en contradiction directe avec la loi. « En effet, dit-il, l'Ordonnance déclare que les associés sont obligés aux dettes. A qui paye-t-on ordinairement une dette ? C'est à son créancier sans doute et non à son débiteur. Ces termes de la loi ne peuvent donc s'appliquer naturellement qu'aux créanciers de la société ; si le législateur s'était ainsi exprimé pour dire seulement que, envers son associé principal, l'associé commanditaire doit supporter les charges de la société, il se serait servi de termes tout-à-fait impropres et même ridicules ! » (1)

Concluons donc que si Pothier est une grande autorité en droit civil où son nom seul opposé suffit à ébranler les convictions les plus fortes, son opinion isolée ne saurait cependant prévaloir sur celles des jurisconsultes compétents que nous avons exposée, sur celle de Savary qui coopéra à la confection de la loi, sur le texte même de l'Ordonnance.

SECTION III

L'ACTION DIRECTE EN DROIT ACTUEL

La commandite avait eu sous l'Ancien Droit une carrière brillante. D'abord simple procédé employé par quelques commerçants ingénieux, elle s'était répandue surtout dans le Midi ; mais ses avantages étaient tels qu'au moment où naquit la grande industrie son emploi

(1) Merlin. Questions de Droit. V^e Sté § 2.

se généralisa rapidement. C'étaient ou presque toutes des commandites ces grandes Compagnies de colonisation qui se multiplièrent sous le règne de Louis XIV, c'étaient des commandites ces grandes sociétés industrielles qui grâce à la prévoyante politique de Colbert rassemblaient dans notre pays les spécialités étrangères, c'étaient encore des commandites ces grandes sociétés de Banque qui ramassaient l'or qui dormait dans les bas de laine le transformaient en un Pactole fécond.

La Révolution éclata. Comme on voulait établir une ère véritablement nouvelle, comme on voulait faire table rase du passé, comme on supprimait les personnes et les choses : la société en commandite qui avait rendu tant de signalés services n'échappa pas au sort commun. Un Décret du 24 Aout 1793 supprima les Associations connues sous le nom de « Caisses d'Escompte, de Compagnies d'Assurances à vie » et généralement toutes celles dont le fonds capital reposait sur des actions au porteur ou des effets négociables ou sur des inscriptions sur un livre transmissibles à volonté, et défendit d'en établir de pareilles à l'avenir sans une autorisation des Corps Législatifs. Un autre Décret du 27 Vendémiaire an 2 supprima toutes les Compagnies financières, et défendit à tous banquiers, négociants et autres personnes quelconques de former aucun établissement de ce genre sous quelque prétexte et sous quelque dénomination que ce fut.

Cependant des réclamations se produisirent devant une destruction aussi absolue et sur la pétition des entrepreneurs du canal d'Essonne un Décret intervint en Pluviose an 2 qui autorisa la formation de sociétés ayant pour but l'exploitation de mines, la construction de canaux, le défrichement de marais et autres entreprises d'utilité publique.

Napoléon entreprit de refaire les lois, parmi lesquelles celles qui devaient régir les commerçants attirèrent spécialement son attention. Une commission fut nommée : elle nous donna un Code.

La commandite fut réorganisée. Il est intéressant de savoir ce qu'on en fit et si l'action directe que donnaient l'Ancien Droit et l'ancienne jurisprudence fut maintenue. Consultons donc les Travaux Préparatoires.

Dans la forme indirecte que les procès-verbaux donnent aux discours et observations faits aux Conseil d'Etat pendant la discussion du projet de Code, apparaît nettement la volonté des Rédacteurs de consacrer l'Ancien Droit en lui apportant seulement plus de précision. Leur intention même de ne rien changer se manifeste a plusieurs reprises. « M. Crétet ne trouve aucun avantage à repousser les dénominations usitées et parfaitement entendues » (1) M. l'Archichancelier dit qu' « il est utile de conserver des dénominations qui

(1) Loaré. T. 17 p. 186.

sont connues, et de leur laisser les effets qu'elles ont toujours eus (1).

Les différentes espèces de sociétés consacrées par la législation antérieure et surtout par la pratique commerciale conserveront non seulement leurs dénominations mais encore leur effets.

Parmi les effets de la commandite nous avons établi l'action directe, n'aurions-nous que ces déclarations de principe du Conseil d'Etat que nous serions autorisés à dire qu'elle continue d'exister. Mais dans la discussion même les principaux jurisconsultes de la section ont affirmé son maintien et aucune objection ne leur a été opposée.

Regnaud de Saint-Jean-d'Angély dans un parallèle très clair qu'il établit entre la société anonyme et la société en commandite que Merlin voulait confondre dit en propres termes que le commanditaire « répond directement, quoique seulement en proportion de sa mise » (2).

Voilà un texte sur lequel il est bien difficile d'épiloguer : les termes en sont suffisamment tranchants. Tout développement aussi en serait superflu : on ne commente pas l'évidence. On ne peut parler de *responsabilité directe* à propos de l'obligation du commanditaire envers ses co-associés, envers la société, cette obligation ne s'exprime pas car la société ne pourrait exister sans elle. On est toujours responsable directement des obligations

(1) Loaré. T. 17 p. 187.

(2) Id. *ibid.*, p. 185

que l'on contracte directement. On ne peut parler de responsabilité directe des commanditaires qu'envers les tiers, car le rapport direct qui existe entr'eux ne saute pas aux yeux, tout le monde ne l'aperçoit pas et on aurait pu concevoir que le législateur posât une règle inverse. Il fallait qu'il fut affirmé, mais on ne peut désirer qu'il le fut mieux.

L'opinion de Regnaud de Saint-Jean-d'Angély est bien celle du conseil tout entier, car outre que personne n'y contredit, M. Bégouen peu après la reproduisit : « Celui qui forme l'entreprise est toujours obligé de faire enregistrer la société. Si ses associés sont solidaires, il le déclare ; s'il a un ou plusieurs associés commanditaires, il ne les nomme pas, mais il déclare quelle est leur mise, et cette déclaration est la seule chose qui importe au public, et forme sa garantie » (1).

Dans tout ce passage de la discussion est confirmée cette distinction que nous avons établie plus haut sous le régime de l'Ancien Droit entre les personnes et les mises. Ce qui entre en société ce n'est pas la personne des commanditaires, autrement nous aurions une société en nom collectif, en tout cas si quelques commanditaires seulement engageaient leur personne nous aurions autant d'associés en nom et indéfiniment responsables en plus. La commandite est plutôt une association de capitaux. Capitaux que par le fait même

(1) Locré. T. 17, p. 186.

de la mise en commun le gérant a le pouvoir d'engager vis-à-vis des tiers.

La pensée et les intentions des Rédacteurs du Code de Commerce ainsi établies, il faut nous demander maintenant si elles sont bien reflétées dans les différents articles et si les lois du 24 juillet 1867, du 16 novembre 1903, n'ont pas apporté une doctrine nouvelle. En un mot notre Droit actuel admet-il l'action directe ?

A cette question des auteurs ont répondu par la négative(1), mais la jurisprudence appuyée d'une grande partie de la Doctrine soutient l'affirmative.

L'une de ces deux causes seulement pourrait être la base de l'action directe des créanciers, disent les adversaires de notre théorie, ou l'engagement contracté personnellement envers eux par ces associés commanditaires ou l'engagement contracté par les associés gérants au nom de la société.

Il ne peut pas y avoir d'engagement personnel des commanditaires. Non seulement ils ne traitent pas avec les tiers, mais encore tout acte de gestion leur est formellement interdit sous peine de se rendre solidairement et indéfiniment responsables. Les tiers ignorent d'ailleurs, complètement les commanditaires, leur nom ne paraît pas dans la raison sociale. Ils savent qu'il y a une commandite : un point c'est tout. Ils ne

(1) Mornard. De la société en commandite en Droit français, p. 131.
Delangle. Des sociétés commerciales, p. 269 n° 276,
Labbé. ss. Cassation 27 juin 1887, S. 1888 — 1 — 49.

connaissent officiellement que le gérant, il n'y a aucun lien de droit entre eux et les commanditaires.

Certes il y a un engagement contracté par les gérants au nom de la Société ; mais quelle en est la conséquence naturelle ? Une action contre la société, personne morale. Le gérant étant déclaré personnellement responsable par la loi : les créanciers auront contre lui une action directe, mais nullement contre les commanditaires.

Voilà où conduit le raisonnement abstrait, mais ajoute-t-on, la loi confirme la théorie. Ouvrons le Code de Commerce et dans l'article 23, le premier qui régit la commandite, nous trouvons cette définition : « La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds... »

Pour mieux spécifier le rôle de chacun la loi marque une opposition très nette dès sa première disposition. Il y a des associés en nom collectif qui sont solidaires et responsables, d'autre part il y a les commanditaires qui ne sont pas responsables, qui ne sont que des bailleurs de fonds. Or un simple bailleur de fonds ne peut être tenu de verser dans la caisse sociale le montant de sa mise qu'envers la société seulement. C'est avec elle qu'il a contracté, ce n'est qu'envers elle qu'il peut être tenu. Les tiers l'ignorent et la commandite apparaît surtout comme une société en nom collectif spéciale et qui traiterait avec un syndicat de

prêteurs : c'est l'idée qu'éveille l'article 24 en élicitant que la société est à la fois société en nom collectif à l'égard des associés solidaires et en nom, et société en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds.

A ces premiers arguments il est facile de répondre. Nous aussi nous distinguons d'après le texte de la loi deux classes d'associés. Nous prétendons que les commanditaires ne sont pas solidaires (1). Soutenant que les commanditaires sont tenus chacun pour leur part et portion nous excluons par là toute idée de solidarité. La solidarité se conçoit-elle sans l'existence d'une dette commune au paiement de laquelle chaque débiteur peut être obligé pour le tout sans division ni discussion ? D'après la nature de la commandite et son histoire, d'après nos lois actuelles n'apparaît-il pas que chaque commanditaire est tenu individuellement jusqu'à concurrence de son apport ?

L'article 23 dit-il, comme on le soutient, que les commanditaires ne sont pas obligés et en ne les reconnaissant pas solidaires admet-il qu'ils ne sont pas responsables ? Certainement non. Pour bien comprendre un article, pour tirer les conséquences du principe qu'il contient, pour en faire rendre toute la vraie substance il ne faut pas le séparer de ceux qui

(1) En Italie la Doctrine est en sens contraire :
Arcangeli. loc. cit. p. 258.
Vivante, Trattato di diritto commerciale n° 343.

l'accompagnent. C'est ainsi surtout qu'il faut agir dans le cas présent, car si l'article 23 contient une définition de la commandite les articles suivants ne sont que l'explication de ses termes. Aux questions que l'on se pose à son propos ils apportent la réponse.

Les associés en nom seront régis comme les associés en nom collectif, nous dit l'article 24, et les bailleurs de fonds seront traités comme associés en commandite. Faisant application de cette disposition nous appliquerons aux premiers l'article 22 qui les déclare tenus indéfiniment de tous les engagements de la société, et aux seconds l'article 26 qui ne les oblige que jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis ou dû mettre dans la société.

Ainsi non seulement nous nous en tiendrons strictement à la lettre de la loi, mais encore nous nous conformerons aux intentions du législateur (1).

Bailleurs de fonds les commanditaires le sont réellement, et cette qualification que leur donne l'article 23, l'article 24 la répète. Mais ils ne sont pas que, et ces deux mêmes articles l'indiquent bien en disant qu'ils sont des associés (2).

Si les commanditaires n'étaient que de vulgaires prêteurs quels seraient leur droit vis à vis de leurs co-associés? Leur seul droit serait d'obtenir un intérêt de leur argent. Cet intérêt ils le touchent la

(1) Esprit du Code de Commerce. T. 1 p. 130.

(2) Locré. Arcangeli. loc. cit. p. 257.

plupart du temps, mais pas toujours. La clause d'intérêts prévue dans les statuts est souvent discutée. Légitimes quand la société prospère, sont-ils dus ces intérêts quand la société est en perte ou même quand sans être en perte elle ne réalise pas de bénéfices ? La question est très controversée, car dans ce cas les intérêts ne peuvent être pris que sur le capital social qu'ils diminuent d'autant, et on se demande à juste titre jusqu'où cette pratique est légale. Le droit aux intérêts n'est pas un droit essentiel, nécessaire des commanditaires. Un prêteur dont on peut nier qu'il ait droit à des intérêts est-il un véritable prêteur ?

Mais par contre ce qu'on ne peut refuser aux commanditaires c'est leur droit aux bénéfices de l'entreprise. Or le seul fait de retirer une part des profits, autre que le simple intérêt de leur argent ferait déclarer commanditaires ceux qui déguiseraient leur association sous la forme d'un prêt, pour soustraire leur capital aux pertes, en cas de malheur (1). Il paraît donc impossible de considérer comme simples prêteurs ceux qui sans cacher leur association ont stipulé une part dans les bénéfices et l'intérêt de leur mise.

« L'associé commanditaire n'est pas un simple prêteur. C'est un véritable associé. Il est membre de la société quoique à des conditions différentes que l'associé gérant. Comme associé il touche non des intérêts, mais des

(1) Vincens. Législation commerciale, T. 1 p. 317 n° 3.

bénéfices. Il est donc obligé envers les tiers par l'acte de société. Là où il y a une obligation il y a toujours une action corrélatrice c'est en ces termes brefs et clairs que M. Odilon Barrot exprimait son opinion en adhérant à une consultation de M. Dalloz (1).

Les commanditaires sont avant tout des associés au même titre que les commandités. Mais ils jouent dans la société un rôle différent et c'est uniquement pour qualifier leur fonction que la loi le dit « simples bailleurs de fonds ». Dans la commandite les uns apportent leur expérience, leur activité commerciale et ils peuvent n'apporter que cela, les autres apportent des fonds et n'ont aucune initiative. C'est cette différence que la loi a voulu marquer et cela ressort de la discussion du projet de code, ce projet qualifiait seulement le commanditaire d'associé non gérant. Le Tribunal fit remarquer très justement que cette qualification prêtait à confusion puisque parmi les associés en nom plusieurs pouvaient ne pas gérer. Maintenir cette expression eut été autoriser ces derniers à échapper à la solidarité édictée pour eux (2).

Tous les associés dans une commandite par le fait même qu'ils sont associés supportent toutes les chances de la société, les bonnes comme les mauvaises. Mais tandis que les uns seront solidairement responsables, les autres ne le seront que jusqu'à concurrence de leur apport.

Mais, nous a-t-on dit encore, admettant que les

(1) Adhésion à la consultation pour la Banque. — Dalloz 1833-2-247.

(2) Locré. Esprit du code de commerce, T. 1 p. 126.

commanditaires ne soient pas de simples prêteurs, comment reconnaître contre eux au profit des créanciers une action directe ? Cette action ne peut se concevoir en dehors d'un lien de droit direct lui-même, l'action ne peut avoir que le caractère de l'obligation. Or les commanditaires ne traitent pas avec les tiers, la loi leur défend formellement tout acte de gestion, d'immixtion. Ce n'est pas tout encore, car tous les commandités ne gèrent pas forcément et sont cependant obligés. Ils sont obligés parce que tous les engagements sont pris en leur nom ; leur nom figure au bas de tous les actes sociaux ; leur responsabilité est proclamée par la raison sociale. C'est pour cela que même s'ils ne gèrent pas, ils sont cependant engagés. On doit remarquer que cet unique argument que les tiers ont contre les commandités en leur disant : « Vous êtes des associés en nom collectif, c'est vous que l'on me propose comme co-contractants : j'ai votre signature ! » ils ne peuvent l'invoquer contre les commanditaires. Ceux-ci n'ont pas donné leur nom.

C'est vrai, le nom des associés commanditaires ne figure pas dans la raison sociale (art. 23 al. 2). Mais pour les tiers que signifie l'emploi d'un nom social ? Ce nom ne dit-il pas qu'à côté de la personne qu'on a devant soit s'en trouvent d'autres. Ce nom social qui scelle un contrat ne signale-t-il pas l'engagement de toute une société ? Quand un individu signe une obligation « N. et Cie » il annonce suffisamment,

semble-t-il, qu'il ne fait pas le commerce pour lui seul, qu'il est l'agent d'une société, et qu'il engage cette dernière toute entière. La signature sociale n'est-elle pas le contrepied d'une signature sous un seul et privé nom !

La signature indique le débiteur. Le tiers serait-il averti seulement qu'il a devant lui toute une société qu'il serait impossible de lui dénier une action contre tous les associés. Mais la loi a voulu qu'il sache le degré de responsabilité de chacun. Ceux qui devront répondre de la dette sociale solidairement et sur tout leur patrimoine lui sont désignés nominativement, ceux à qui il ne pourra demander plus de leur apport lui sont signalés par une formule générale. S'ils ne figurent pas en nom dans la raison sociale ils y figurent au moins collectivement, et cela suffit pour que leur engagement direct existe (1). Le tiers sait désormais qu'il a traité avec le corps entier d'une société dont l'actif est devenu son gage et non avec une personne privée agissant exclusivement en son nom, il sait que pour certains associés l'obligation a une limite, qu'elle n'en a pas pour d'autres.

Qu'on ne vienne pas nous dire que n'agissant pas par eux-mêmes ces commanditaires n'ont pas donné mandat aux gérants d'agir pour eux, que d'ailleurs ils

(1) La Doctrine allemande fonde l'action directe principalement sur ce fait que les opérations sociales se font sous la raison sociale laquelle comprend génériquement le nom de tous les associés.

ne pourraient donner un pareil mandat en vertu du principe qu'on ne peut accomplir par mandataire ce qu'on ne pourrait accomplir par soi-même « qui mandat se ipse fecisse videtur ». Si, en effet, un particulier voulant user d'un contrat doit se soumettre strictement à ses règles et observer les principes qui le dominent, il n'en est pas de même du législateur qui à tout instant peut dans une loi modifier l'application d'une autre loi. Les définitions s'appliquent-elles inmanquablement à tous les cas, les principes les plus généraux ne supportent-ils pas des exceptions ? Des exemples seraient faciles à trouver : l'avoué fait pour la partie qui l'emploie certains actes qu'elle ne saurait être admise à faire elle-même, et pourtant l'avoué est son mandataire ; le gérant d'une société de commerce nommé par les statuts est bien un mandataire : les associés cependant seraient-ils admis à s'immiscer dans la gestion ? Non. Voilà pourquoi il faut appliquer ici sans hésiter les principes qui dominent la matière. Chaque fois que le Code de commerce pose une règle il faut s'y conformer, mais quand il est muet, quand la règle ne se suffit pas à elle-même, quand elle a besoin d'une interprétation on doit se référer à la grande loi commune qui est le Code Civil. C'est ainsi que son article 1864 décide que vis-à-vis des tiers la stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société lie la société toute entière, lorsque les associés ont donné pouvoir à l'associé contractant ou lorsque la

chose a tourné au profit de la société. La commandite n'est pas autre chose qu'une application constante de cette règle. D'une part, la signature sociale indique que l'obligation est contractée pour le compte de la société, d'autre part la nature, l'essence même de cette société comporte un pouvoir légal et de Droit virtuellement donné par les commanditaires au gérant. Le commanditaire par le fait même qu'il entre en société en cette qualité ne manifeste-t-il pas qu'il entend donner toute l'administration du patrimoine commun au gérant et ne pas s'engager au-delà de sa mise ? (1)

On a bien objecté que la raison sociale ne donne pas les noms des commanditaires : on voit après ce que nous venons de dire ce que vaut cette objection. La raison sociale ne les nomme pas, c'est vrai, mais elle les désigne : cette terminaison « et Cie » les englobe tous, elle dit : un tel et un groupe de commanditaires, d'un côté des patrimoines entiers sont engagés, de l'autre des mises limitées. C'est déjà beaucoup et cela suffirait pour justifier notre opinion. Mais il y a plus, et la loi a plus manifestement encore consacré l'action directe en organisant la publicité de l'acte social.

Un homme d'affaire véritablement sérieux ne contracte jamais sans se renseigner sur la partie avec qui il traite :

(1) Troplong. Du Contrat de société. T. 2 n° 829 et s.

Pont. Des sociétés civiles et commerciales n° 1450.

Pont. Revue critique 1851 p. 390. D. P. 51. 2. 20.

il cherche à connaître son honorabilité commerciale, son caractère, ses habitudes, sa solvabilité. Croit-on que lorsqu'il se trouvera en face d'une société il négligera ces élémentaires précautions, croit-on que sachant que derrière son co-contractant il y a quelque chose il ne cherchera pas à savoir ce qu'est et ce que vaut ce quelque chose ? Naturellement non, d'autant plus que si l'on peut accorder une confiance aveugle à très peu de personnes, l'expérience a appris qu'il existe de par le monde trop de sociétés fondées dans le seul but d'exploiter la crédulité humaine avec moins de risques. Tous les jours il en naît et il en meurt des sociétés ! Avant donc que de s'engager à fond il demandera au gérant de lui produire l'acte de société sur lequel il trouvera tous les noms et la limite de responsabilité de chacun.

Ce n'est pas tout encore. Il est permis à chacun au moment d'un acte important de montrer quelque défiance vis-à-vis d'une société et de se demander : à qui ai-je exactement à faire ? mais la loi prévoyante a montré plus de défiance encore et a voulu que les sociétés elles-mêmes fournissent les premières des renseignements à tous.

Les articles 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867 remplaçant les articles 42 et suivants du code de commerce régissent la publicité des sociétés commerciales. Dans le mois de la constitution un double de l'acte constitutif sera déposé aux greffes de la justice de paix et

du Tribunal de Commerce, les pièces constatant la souscription et le versement notamment y seront jointes. Dans le même délai un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées sera publié dans un journal d'annonces légales.

L'article 57 de la loi de 1867 dispose que l'extrait publié devra contenir, entre autres indications, non seulement le montant du capital social, mais encore le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires.

On ne peut contester que cette publicité soit organisée en faveur des tiers. Hors de là quelle serait sa raison d'être ? Pourquoi faire connaître au public tous ces détails concernant l'existence et l'organisation intime d'une société, pourquoi entr'ouvrir en quelque sorte devant tous le portefeuille des associés si tout cela n'a d'intérêt que pour eux-mêmes et ne regarde en rien les tiers ? La publicité est inutile et vexatoire si l'on ne reconnaît pas aux tiers un droit personnel contre les commanditaires dont la mise ne serait pas complètement effectuée. C'est si bien dans leur intérêt que ces mesures sont ordonnées que la loi leur remet l'exercice de la sanction en cas d'inobservation et déclare en termes exprès que le défaut d'aucune d'elles ne pourra leur être opposé par les associés.

Si grand est le souci du Législateur de protéger les tiers contre cet être flou, « ondoyant et divers » aurait dit très justement Montaigne, qu'il n'a pas voulu

manquer une occasion de lui faire prendre corps, de le faire se préciser aux yeux de tous : et à la publicité générale par dépôts et extraits il a joint celle que peuvent procurer tous les actes de la société. Dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres documents imprimés ou autographiés émanés de ces sociétés seront écrits visiblement et en toutes lettres : la dénomination sociale, le caractère de la société et le montant de son capital (art. 64 de la loi du 24 juillet 1867). Ce à peine d'une amende importante.

Sur toutes les voies qui relient les tiers à la société on a voulu que cette dernière s'affichât. Pourquoi rappeler constamment le contrat et la signature sociale et le capital, sinon parce que ces éléments sont le co-contractant avec qui traite le tiers ?

« N'oubliez pas que la publicité a porté à la connaissance des tiers le nombre et le montant des actions. Ils sont en quelque sorte, comme l'a dit ingénieusement M. Beudant, parties au contrat : ils ont droit à ce que les garanties promises par les Statuts ne soient pas affaiblies. Les tiers ont qualité pour agir, et l'on peut, l'on doit déduire cette qualité des formalités de publicité organisées par la loi » ainsi concluait M. l'Avocat général Desjardins devant la Cour de Cassation (1).

En résumé, les tiers traitent directement avec la société, et la société se compose de la personne des commandités et des sommes versées ou simplement

(1) Cas. Civ. 27 juin 1887. S. 1888-1-49.

promises par les commanditaires. Nécessairement donc les tiers ont une action de leur chef pour obtenir que la promesse soit remplie, puisque cette promesse elle-même est un des éléments de la société. La responsabilité des commanditaires remplace leur mise.

La Jurisprudence a longtemps hésité et en cela elle suivait les variations de la Doctrine qui après la rédaction du Code avait eu de la peine à se fixer, mais en 1844 à la suite d'un procès retentissant dans lequel les juriconsultes les plus éminents avaient donné des avis, la Cour de Cassation après une délibération de plusieurs heures s'arrêta définitivement à notre opinion, et depuis elle s'y maintint. La raison sociale, la publicité sont pour elle les plus forts arguments.... « attendu que les tiers qui traitent avec la société sont censés suivre non seulement la foi personnelle des associés responsables et solidaires, mais encore celle des capitaux engagés à titre de commandite ; — qu'un tel contrat renferme virtuellement de la part des commanditaires auxquels tout acte de gestion est interdit, un mandat, donné aux associés gérants, de les obliger envers les tiers jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis ou qu'ils se sont engagés à mettre dans la société ;

Attendu que les tiers qui contractent avec la raison sociale, ont réellement la société pour débitrice, savoir, les associés gérants indéfiniment et les associés commanditaires jusqu'à concurrence du montant de la

commandite, et que l'obligation, ainsi limitée à l'égard de ces derniers engendre nécessairement un droit et par conséquent une action utile au profit des tiers...»(1)

Concluons donc avec M. Pont (2) que l'action directe est dans l'esprit de la Cour comme dans l'esprit de la loi. Le commanditaire s'engage directement envers deux créanciers la société et les tiers : ainsi le veut la nature de la commandite que nous a révélée son histoire, ainsi le veut le Code (3).

Reconnaissant une obligation indépendante et par conséquent directe des commanditaires envers les créanciers sociaux faut-il admettre qu'elle est solidaire ? A chacun des commanditaires le créancier pourra-t-il demander le total de sa créance ?

La question est très discutée, et chose assez bizarre elle est résolue à la presque unanimité d'une façon différente en France et en Italie, bien que les deux législations soient à peu près semblables. La réponse est intéressante, car suivant son sens on fera supporter

(1) Cass. Civ. 28 fév. 1844 (D. 1844. 1. 145).

(2) Pont. Des sociétés civiles et commerciales n° 1430.

(3) En Belgique la loi du 18 Mai 1873 art. 21 al. 1 consacre expressément l'action directe.

En Allemagne l'action directe est admise dans la commandite ordinaire dans laquelle les commanditaires sont « obligés à répondre » dans une mesure limitée, mais non dans la commandite par actions dans laquelle les commanditaires ne sont qu'« obligés à couvrir » dans une mesure limitée (Cosack-Traité de Dr. Com. T. 3. Traduction Léon Mis).

l'insolvabilité des associés par le commanditaire ou par le créancier.

La très grande majorité des auteurs italiens (1) déclarent la responsabilité des commanditaires solidaire. « L'action directe n'a pas simplement pour but le versement de la mise (sans quoi elle se confondrait avec l'action oblique), mais surtout le paiement d'une dette de la société : or par le fait que le créancier peut demander à l'associé le paiement de sa créance entière, la responsabilité de celui-ci apparaît solidaire » dit Arcangeli. Vivante affirme que tous les associés sont responsables solidairement quoique dans une mesure différente, les commanditaires ne peuvent donc prétendre que les créanciers sociaux divisent leur créance en raison de leur mise et ils doivent supporter sans remède le risque de l'insolvabilité de leurs co-associés. La Doctrine et la Jurisprudence en France n'admettent pas cette solidarité (2) et avec juste raison.

L'action des créanciers est en effet limitée par un double maximum : d'un côté ce que le commanditaire détient de l'actif social : la partie de sa mise non encore versée, ce qu'il a pu retirer du patrimoine

(1) Arcangeli. *La Società in accomandita semplice* p. 258.
Vivante. *Trattato di Diritto commerciale* n° 343.

(2) Boistel n° 210.
Lyon-Caen et Renault n° 538 bis.
Paul Pic n° 507.
Arthuys n° 284.
Contra Labbé (S. 1887. 1. 49).

commun en dehors des dividendes réels et régulièrement distribués ; d'un autre côté le montant de la créance sociale. La solidarité ne se présume pas. Il est vrai que l'art. 1862 C. civ. dit que « dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement », mais d'une formule aussi alambiquée on ne peut déduire un principe autre que celui de la non solidarité dans les sociétés civiles. Du reste, le législateur s'il avait voulu poser une règle aussi importante ne se serait pas contenté d'une telle allusion dans le Code civil, et il aurait reproduit la disposition d'une façon formelle dans le Code de commerce.

Or, dans ce dernier code que trouvons-nous ? Seulement des affirmations claires et réitérées de la non-solidarité des commanditaires. C'est l'article 23 qui distingue les associés solidaires des associés bailleurs de fonds. C'est l'art. 24 et l'opposition qu'il vise entre l'art. 22 et l'art. 26 qui écarte certainement toute idée de solidarité. C'est l'art. 28 qui établit à titre d'exceptions la solidarité des commanditaires dans des cas déterminés : si son nom est inséré, indûment, dans la raison sociale, s'il s'est immiscé d'une façon caractérisée dans la gestion. Il faut ajouter à ces cas celui où la commandite est nulle et où les créanciers ont opté pour la nullité.

S'il est vrai que les gérants ont traité comme mandataires des associés individuellement et les ont ainsi directement obligés envers les créanciers sociaux ;

s'il est vrai que ceux-ci à raison de la publicité donnée aux sommes « à fournir par les commanditaires » suivant les expressions mêmes de la loi, ont légitimement compté sur la totalité du capital ainsi promis aux tiers, dans l'intérêt de qui la publicité est instituée, chacun des créanciers a autant de débiteurs qu'il y a d'associés, et dans la mesure du double maximum plus haut déterminé il peut agir sans restriction contre chaque associé.

Mais, dira-t-on, admettons que l'obligation ne soit pas solidaire, il faut alors appliquer l'art. 1220 qui divise de plein droit entr'eux les dettes des débiteurs conjoints, ou l'art. 1853 qui décide que la part de chacun est en proportion de sa mise, et alors les risques d'insolvabilité tomberont sur la tête des créanciers.

Cette objection doit être écartée. Le tiers en traitant avec le gérant est devenu créancier de l'apport intégral que chaque commanditaire s'est engagé par avance à fournir au moyen de la publication légale, et le fait qu'il a plusieurs débiteurs dans les mêmes conditions ne saurait s'opposer à ce qu'il puisse invoquer contre chacun sa créance du tout. Qu'on n'invoque pas le principe de l'égalité qui doit régner entre les associés ! C'est un principe d'administration interne de la société dont les créanciers n'ont pas à tenir compte. C'est un pacte particulier que domine l'équité, mais qui ne régit que les rapports des associés entr'eux, rapports dont les

tiers n'ont pas à se préoccuper. Ainsi le déclare aussi la Cour de Cassation : « Que vainement encore on invoque le principe pris de l'égalité qui doit régner entre les associés ; que ce principe qui se rattache surtout aux opérations du partage final, ne saurait faire obstacle au droit qu'a le syndic de recouvrer intégralement les créances sociales, sous la réserve par chaque associé de faire ultérieurement valoir ses droits, même contre le syndic lors de la reddition de son compte. » (1).

Le créancier a en face de lui plusieurs débiteurs dont le patrimoine est nettement délimité : c'est leur mise et il ignore le surplus. Supposons que sa créance soit supérieure au montant de la mise d'un commanditaire ou que le commanditaire soit devenu en partie insolvable : dans l'une ou l'autre hypothèse ce tiers ne pourra obtenir qu'un paiement partiel. Est-ce à dire qu'il en perdra le complément ? Non Il s'est adressé à celui-là, il aurait pu tout aussi bien s'adresser à un autre, la *litis contestatio* n'a plus ce caractère rigoureux qu'elle avait en Droit Romain : pour le surplus de sa créance donc le tiers poursuivra un autre commanditaire. Ainsi des associés l'un aura épuisé sa mise, l'autre l'aura entamée, un autre l'aura intacte : de tout cela le créancier n'aura cure et les associés se chargeront au moment de la liquidation ou par des recours antérieurs

(1) Cas. 20 oct. 1886. (D. 87-1-117).

de rétablir l'égalité. S'il est permis de rechercher une comparaison dans le domaine de la physique on peut dire que les associés ressemblent à des vases communicants remplis d'eau : on prendra dans l'un ou l'autre tout le liquide qu'il contient, celui-là ne restera pas vide et bientôt chacun des autres contribuera dans une égale proportion à lui rendre de l'eau jusqu'à un niveau commun.

CHAPITRE III

DES EXCEPTIONS QUE POURRONT

OPPOSER LES COMMANDITAIRES A L'ACTION DIRECTE

DES CRÉANCIERS SOCIAUX

Nous venons de voir que les commanditaires sont tenus directement envers les créanciers sociaux, ils ne sont pas derrière l'être moral et obligés après lui, mais à côté de lui. Ils se sont liés à la société en apposant leur signature au bas de l'acte social, la publicité les a liés en même temps que celle-ci au tiers. C'est là l'opinion d'une grande partie de la Doctrine, c'est aussi celle adoptée par la Jurisprudence depuis l'Arrêt de la Cour Suprême de 1844 cité plus haut.

Mais à l'action des créanciers les commanditaires ne pourront-ils opposer des moyens de défense? Si oui quels seront-ils? C'est à ces questions que nous allons répondre dans ce présent chapitre. Ici apparaît le grand intérêt pratique de la thèse que nous soutenons. Si les commanditaires n'avaient pu être atteints que par l'action oblique de l'article 1166 ils auraient pu opposer aux créanciers poursuivants toutes les exceptions qu'ils auraient eues contre la société : par l'emploi de l'action directe toutes ou presque toutes ces exceptions cesseraient d'être opposables.

DES NULLITÉS

a) DES NULLITÉS DE LA SOCIÉTÉ.

La loi du 24 Juillet 1867 dans son article 7 énumère plusieurs cas de nullité, de même dans son article 56. Mais ces exceptions dont les associés pourront se prévaloir entr'eux, la loi leur interdit en termes formels de les opposer aux tiers. Ceux-ci ont donc le choix qui ne semble pas présenter pour eux beaucoup d'intérêt. S'ils font prononcer la nullité ils n'auront d'action que contre ceux des associés qui auront personnellement contracté avec eux, en rechercher d'autres serait faire produire effet à l'acte social : contradiction inadmissible. Cela a du reste peu d'importance pour l'associé co-contractant qui sera condamné, car il aura recours contre ses co-associés. Entre les associés en effet, la nullité pourra être invoquée, mais il n'en subsistera pas moins une société de fait, les opérations sociales ayant par hypothèse commencé, qui devra être liquidée suivant les clauses de l'acte social (1). D'autre part s'ils acceptent la société ils auront le plein exercice de l'action directe ainsi que nous l'avons établi. Et c'est là un avantage, car il est permis de se demander si dans ce cas l'action oblique serait admise. La société existant à leur égard il semble que cette action doit subsister et leur être accordée, mais d'un autre côté les

(1) Cass. civ. 15 Nov. 1892 (S. 1893. 1. 364).

associés ne peuvent-ils s'opposer les uns aux autres et à la société la nullité édictée par la loi ? S'ils peuvent arrêter l'action pro socio pourquoi ne pourraient-ils lui opposer toujours la même exception qu'elle soit maniée par leurs co-associés, la société ou les tiers ? Les tiers employant les armes de la société en se substituant à elle ne sont-ils pas passibles des mêmes exceptions ?

Mais la loi n'ayant pas prévu le cas où la société a un objet illicite ou immoral que faut-il décider ? Elle est certainement inexistante, mais les associés pourront-ils s'en prévaloir contre les tiers ? On ne peut ici invoquer les art. 7 et 56 de la loi de 1867 et les appliquer par analogie. Les principes qu'ils édictent ne sont pas généraux, ni dans leur nature ni dans leur forme, car ils se réfèrent à des cas strictement énumérés. C'est bien ainsi que l'entendait aussi le Législateur puisqu'il les a répétés à deux passages différents. Ce sont des cas de nullité arbitraires et spéciaux qui ne peuvent être comparés à celui dont nous nous occupons et qui domine toute la science du droit. Aussi a-t-on proposé une distinction équitable que la jurisprudence en l'absence de texte a adoptée. Les associés ne pourront opposer la nullité, l'inexistence de la société au tiers lorsque l'opération ne se sera pas rapportée à l'objet de la société de sorte que le tiers aura pu ne pas connaître la nature de l'association. La partie en effet, n'est pas égale et les associés auraient trop l'air de bandits guettant une proie au coin d'un bois. Au contraire si le tiers par la

nature de l'opération ne pouvait ignorer son caractère illicite : tout effet sera refusé à la convention. On ne peut plus le considérer comme la victime de sa trop grande bonne foi (1). Sa situation n'est pas alors plus intéressante que celle des associés.

b) DE LA NULLITÉ SPÉCIALE DE L'ENGAGEMENT DU
COMMANDITAIRE.

La société étant valable, le commanditaire poursuivi par les créanciers sociaux usant de leur action directe peut-il leur opposer la nullité de sa souscription? Il faut ici distinguer, car il existe différents cas de nullité affectant les contrats.

Il peut y avoir nullité absolue; les exemples s'en rattachent plutôt à la nullité de la société que nous venons de traiter : ainsi pour ce qui concerne l'objet et la cause du contrat social, ainsi pour les hypothèses, envisagées par les art. 7 et 56 de la loi de 1867 et visant les conditions de forme et de fonds des sociétés.

Un cas cependant est spécial à l'associé : c'est celui où il y a absence complète de consentement. A n'en pas douter le commanditaire contre qui on invoquerait une soi-disant souscription pourrait faire tomber l'action : on ne peut être responsable d'actes qu'on n'a pas posés volontairement.

Mais il peut y avoir nullité relative, quand le consen-

(1) Pont. Soc. civ. et com. T. 1 p. 39.

Rennes, 9 avril 1851, D. 53-2-208.

tement pourtant donné ne l'a été qu'à la suite d'erreur, de violence ou de dol. Si cette nullité ne peut être invoquée par tout le monde, elle peut l'être par le commanditaire intéressé à l'égard de tous, y compris les créanciers sociaux, à moins que ne soit intervenu de sa part une ratification ou la prescription de l'article 1304 du code civil.

Cependant, et le cas se présente fréquemment, lorsque la souscription a été déterminée par des manœuvres frauduleuses on admet (1) que l'associé ne pourra repousser l'action des tiers. D'après l'art. 1116 du code civil le dol n'est une cause de nullité que lorsqu'il a été pratiqué par l'une des parties. Le contrat de souscription met en présence le gérant agissant pour la société et l'associé, le tiers n'intervient pas et n'est pas représenté. Par définition il n'existe même qu'une fois la société définitivement constituée, donc à un moment où toutes les souscriptions seront faites. Or le dol ne viciant l'obligation que in personam pourra bien être invoqué contre le gérant ou la société responsable de son mandataire, mais non contre les créanciers sociaux agissant par leur action directe. Les commanditaires se sont engagés envers eux directement par la publicité que la loi a donnée à l'acte de société. Leur obligation est générale, elle existe indistinctement à l'égard de

(1) Dalloz suppl. V^o société, n^o 743-1.087.

Cass. 25 mai 1816 (S. 1.817-1.268).

tout le monde. Le contrat qui intervient entre les tiers et la société ne la crée pas, il ne fait que la déterminer.

Les auteurs ont donc tort qui accordent aux associés le droit de se prévaloir du dol qui a provoqué leur souscription même à l'encontre des créanciers sociaux. L'action directe, disent-ils, résulte en somme d'une opération qui est censée directement conclue entre le tiers et l'associé par l'entremise d'un mandataire, le gérant en l'occurrence (1). La souscription annulée, c'est ce mandat mis à néant. Certes cela est exact vis-à-vis de la société et ce sera vrai à l'égard des tiers lorsque la souscription sera annulée régulièrement. Mais jusque là nous sommes en présence de deux engagements du commanditaire : l'un envers la société, l'autre envers les tiers. La première poursuivant, avec raison il se défendra en lui opposant son dol ; contre les seconds agissant en vertu d'une obligation distincte il ne pourra invoquer le dol de la précédente : « res inter alios acta aliis neque prodere neque nocere potest ».

Ce que nous avons dit de l'exception de nullité de la société et de nullité de la souscription s'applique aussi bien, mutatis mutandis, au cas où ces exceptions seraient soulevées par un ayant-cause du souscripteur. La situation du cessionnaire vis-à-vis des créanciers

(1) Labbe. Des rapports des actionnaires et commanditaires avec les créanciers sociaux p. 82.

sociaux est exactement la même que celle du commanditaire primitif. Admettre le contraire serait encourager l'agiotage et ruiner le crédit des sociétés et la sécurité du commerce. La justice et l'équité du reste n'y perdent rien, car le cessionnaire poursuivi par les tiers aura les recours de droit commun contre son cédant.

MODALITÉS DE L'ENGAGEMENT

Le commanditaire pourrait-il répondre à la poursuite des tiers en excipant d'une modalité affectant son engagement? Tout d'abord il faut constater qu'il ne pourrait invoquer une condition quelle qu'elle soit, potestative ou non. La loi exige que le capital social soit entièrement souscrit, par le fait même elle répudie toute condition et n'admet qu'une souscription ferme ou pure et simple. Si en fait les associés ignorant la loi ou la méconnaissant avaient admis une telle modalité : les créanciers n'auraient pas à en tenir compte. Un tel capital leur a été offert, il est tout entier leur gage et ils sont en droit de le réaliser.

Ce qui est vrai d'une condition expresse l'est aussi d'une condition tacite. Aussi l'associé envers qui la société ne remplirait pas ses obligations ne pourrait demander la résolution du contrat et invoquer l'article 1184 du Code civil. « Les fautes de la société ne peuvent être opposées aux créanciers sociaux représentés par le syndic ou agissant personnelle-

ment » (1). Ces événements peuvent modifier l'action pro socio, mais restent sans influence sur l'action directe.

Quant au terme qui n'affecte pas l'existence de l'obligation, mais qui en retarde seulement l'exigibilité il sera opposable aux créanciers sociaux. Il aura en effet été précisé dans l'acte de société qui par la publicité qui lui est donnée forme le contrat qui lie les associés aux tiers.

RÉDUCTION DE CAPITAL

Le capital de la société peut être réduit soit par remboursement soit par remise : la réduction pourra-t-elle être invoquée par les commanditaires à l'encontre des créanciers sociaux ?

Il nous faut ici examiner deux situations différentes : celle du tiers qui aura traité avant la réduction, celle du tiers qui aura traité après.

Les créanciers antérieurs n'ont contracté que parce qu'il leur était offert comme gage un capital déterminé. C'est à ce capital qu'ils ont fait crédit, ils ont sur lui un droit acquis auquel personne ne peut toucher.

On objecte que cette réduction n'est valable que si elle a été prévue par les Statuts qui par la publication deviennent le titre commun faisant la loi des créanciers. D'ailleurs n'est-ce pas le droit de tout débiteur de réduire son patrimoine par tels actes qui lui plaisent ?

(1) Cas. 13 Mai 1896²(D. 1896. 1. 382).

On ne peut admettre que pour avoir contracté une dette il ne pourra plus jamais traiter : la conséquence immédiate du principe est absurde. Tout individu peut engager son patrimoine et la sécurité des créanciers est suffisamment assurée par le droit qu'ils ont de faire tomber les actes qui ont pour but de les frauder (art. 1167 C. civ.).

L'objection surprend par son caractère spécieux, mais elle n'est pas irrésistible.

Certes les tiers connaissent par les Statuts la réduction possible du capital, mais à quoi cela les oblige-t-il ? Pas à autre chose qu'à supporter cette réduction : ils ne pourront s'opposer à son vote. La réduction ne peut avoir d'effet rétroactif et être censée avoir été faite dès l'origine de la société. Elle n'intervient qu'à un moment de la durée de cette société : jusqu'à ce moment le capital promis aux tiers a été d'un chiffre de et il devra supporter toutes les dettes contractées pendant cette première période.

D'autre part il ne faut pas confondre la réduction avec l'obligation. L'obligation, en effet, laisse intact le chiffre primitif : elle lui ajoute une nouvelle charge, elle augmente le passif sans toucher à l'actif. La réduction au contraire supprime radicalement une partie de l'actif sans qu'une répercussion en résulte sur le passif.

La société en consentant à la réduction de capital renonce valablement aux droits qu'elle pouvait avoir

sur la portion retranchée : par le fait même elle reconnaît ce qui reste comme suffisant pour la couvrir de ses droits éventuels contre les associés. Les tiers ne pourront avoir plus de droit qu'elle et subiront l'exception de réduction lorsqu'ils feront usage de l'action pro socio.

Mais l'action directe qui leur est personnelle restera intacte, la société ne pouvant à aucun titre y porter atteinte (1).

Mais une telle règle va pouvoir jeter dans le commerce un grand trouble. Peut-être les créanciers sociaux tarderont-ils à faire valoir leurs droits, pendant ce temps les associés auront employé les capitaux qui leur seront revenus par la réduction, faut-il les laisser en butte à la réclamation subite et intempestive des tiers ? La question est juste aussi s'accorde-t-on à étendre à cette situation par analogie la prescription quinquennale édictée par l'art. 64 du C. de Com. Quant au capital il y a en somme une société qui finit, le vote de réduction est dûment publié pour être opposable aux tiers : les conditions exigées par cet article se retrouvent donc ici assez bien remplies pour justifier l'analogie.

Il serait à souhaiter que l'on introduisit dans nos lois une disposition semblable à celle que contiennent plusieurs législations étrangères. Après le vote un certain délai est accordé aux créanciers pour y faire opposition. Passé ce délai, aucune opposition ne se

(1) Thaller Traité de Dr. Com. n° 575 D. 1902-1-225.

produisant, la réduction produit ses effets même à leur égard.

Pour les créanciers postérieurs la situation est toute simple. La réduction à leur égard n'est pas un accident dans la vie de la société. La mesure votée a été régulièrement publiée : ils n'ont donc connu que la nouvelle société et n'ont pu compter que sur le nouveau capital.

Nous n'avons envisagé jusqu'ici qu'une réduction régulière, sachant par ailleurs que contre tout préjudice causé à leur droit les créanciers ont une arme suffisante dans l'article 1167 du Code civil. Mais il est intéressant de signaler une nouvelle orientation de la jurisprudence poussée par un sentiment d'équité lorsque la réduction sans être entachée de fraude a cependant été irrégulière en la forme.

Conformément à la résolution prise, des titres nouveaux ont été remis aux commanditaires, puis ceux-ci les ont négociés. Alors à la demande de la société ou des créanciers intervient un jugement qui annule la réduction. Qui sera tenu des versements complémentaires : le porteur au moment du vote ou le porteur actuel ?

D'après les principes généraux ce sera le porteur actuel. La nullité de la réduction n'affecte aucunement la validité de la cession : le porteur actuel est bel et bien commanditaire, les créanciers ne connaissent que lui. Ils le poursuivront, quitte à lui à recourir en

garantie contre son cédant. « L'obligation de libérer l'action par des versements complémentaires est essentiellement inhérente au titre et incombe à celui qui en est détenteur » ainsi jugeait la Cour de cassation (1).

Mais on a envisagé la situation qui était ainsi faite aux cessionnaires successifs : ils sont de bonne foi et la rigueur de l'application des principes leur réserve des surprises pénibles. Avec quelle crainte alors après une réduction entrera-t-on dans une société ! Et, la circulation des actions arrêtée, c'est la prospérité de l'entreprise compromise, la sécurité du commerce détruite. Dans l'intérêt de tous il fallait trouver une autre solution. C'est ce que fit la Cour Suprême en décidant que la réduction « ayant été annulée tant à l'égard de la société elle-même qu'à l'égard de ses créanciers avec toutes les opérations qui en constituaient la réalisation, l'échange des titres est lui-même nul et légalement inexistant... » la dette du non-versé est donc demeurée attachée aux titres anciens, et c'est le porteur à l'époque de la réduction qui en est tenu (2).

A la question de réduction de capital se rattache tout naturellement celle de la distribution de dividendes fictifs. Le commanditaire ne peut avoir droit à des dividendes que s'il y a des bénéfices régulièrement constatés. S'il n'y a pas de bénéfices toucher des dividendes c'est diminuer le capital social, reprendre tout

(1) Cass. 3 Janvier 1887 (S. 1887. 1. 369).

(2) Cass. 18 Juin 1902 (S. 1903. 1. 385).

au moins partie de son apport. Or il est bien certain, aux termes de l'article 26 du Code de Commerce, que celui qui s'associe valablement en qualité de commanditaire perd toute espèce de droit sur sa mise : il ne ne peut pas être tenu au-delà de sa mise mais celle-ci a cessé de lui appartenir, elle n'est plus en quelque sorte à sa disposition.

Soutiendrait-on qu'une convention intervenant entre les associés remettant à chacun ou à quelques-uns une partie de la mise serait opposable aux tiers ? Evidemment non. Un tel pacte est valable à l'égard des parties entre qui il est intervenu, elles doivent le respecter, elles se trouvent ainsi dégagées pour autant de l'action pro socio. Mais c'est pour les créanciers « *res inter alios acta* », c'est une contre-lettre qu'ils ne connaissent pas et dont ils n'ont pas à tenir compte. Ils s'en tiennent au contrat primitif auquel la publicité leur donne la qualité de partie, et ils sont fondés à en exiger le respect.

Qu'une pareille remise soit le fait commun des associés ou l'acte du gérant peu importe : les tiers ont pour gage le capital publié, c'est sur ce capital intégral qu'ils ont droit de se payer. La même solution est-il besoin de le dire s'applique au cas où il y a remboursement, au cas où d'une façon ou d'une autre un associé retire tout ou partie de son apport. Car au fond tout cela équivaut à un non-versement des capitaux promis aussi bien à la société qu'aux créanciers sociaux.

Ces conventions particulières ne peuvent donc être opposées à l'action directe.

On voit alors ce qu'il faut décider au sujet des dividendes fictifs. Le capital social, qui n'est autre que la réunion des mises, est tout entier la garantie des créanciers, mais ceux-ci sont sans droit sur ce qui se trouvera en plus dans la caisse sociale, c'est-à-dire sur les bénéfices. Avec raison donc les associés se partagent cet excédent : les droits de chacun resteront respectés. Mais si sans qu'il y ait de bénéfices les associés se partagent une partie du capital sous le titre de dividendes, ne nous trouvons-nous pas dans le cas que nous venons de voir de remise ou de remboursement irrégulier ? Et l'analogie de situation n'entraîne-t-elle pas l'analogie de solution ?

Cependant dans les commandites par actions la question est tranchée dans le sens de la négative par l'article 10 alinéa 3 de la loi de 1867 qui décide que la répétition ne pourra être exercée si ce n'est dans le cas où la distribution aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire. Le législateur en visant ces cas spéciaux présume alors la mauvaise foi, mais nous croyons que son intention a été de poser des règles générales et d'étendre la sanction à tous les cas où la fraude pourrait être prouvée. Des auteurs (1) vont plus loin :

(1) Mornard. De la Société en com. par actions p. 165.
Lyon-Caen et Renault. Traité n° 891.

assimilant les dividendes à des fruits civils ils leur en appliquent la théorie générale et notamment l'article 549 du C. civil qui dispense de restitution le possesseur de bonne foi, et en profitent pour soumettre au même régime les commandites simples.

Nous nous rangerons à l'avis opposé qui est celui de la Jurisprudence et d'une grande partie de la Doctrine (1). Certes l'art. 10 al. 3 de la loi de 1867 laisse les dividendes fictifs au possesseur de bonne foi, mais c'est là une exception aux principes, exception qui ne peut être étendue hors des cas prévus par la loi, « specialia non generalibus derogant ». La commandite simple restera donc soumise au principe que le capital, gage des créanciers, ne doit pas être amoindri. L'assimilation des dividendes fictifs aux fruits est des plus douteuses, le mot de « dividende » n'est dans la circonstance d'ailleurs qu'un euphémisme, et il faut conclure que si le commanditaire est tenu directement de sa mise envers les créanciers sociaux, il est encore directement responsable envers eux de tout ce qu'il aura retiré indument de la caisse sociale.

Très souvent en plus des bénéfices les commanditaires se font allouer des intérêts de leur mise. Si les statuts n'ont rien spécifié, il est évident que ses intérêts ne peuvent être pris que sur les bénéfices, et qu'ils devront

(1) Thaller. Traité élém. n° 382.

Pic. Des Sociétés Commerciales n° 512.

être rapportés s'il n'y a pas de bénéfices. La valeur de leur paiement dépendra donc de l'inventaire.

Mais il arrive, surtout dans les sociétés fondées pour de grandes exploitations, que les statuts stipulent que des intérêts seront alloués même en l'absence de bénéfices. Quel est le degré de validité d'une pareille clause ? Des auteurs s'en tenant à la rigueur des principes l'ont condamnée : pas de bénéfices pas de dividendes. Tout ce que l'on donne en dehors des bénéfices est pris sur le capital, c'est un retrait de la mise engagée aux tiers.

Nous croyons cependant que cette clause est valable et pourra être respectée. A l'égard des associés il suffit d'invoquer le principe de la liberté des conventions. Ils ont tous consenti cette stipulation, c'est désormais leur loi. Quant aux créanciers sociaux, c'est à cette même loi qu'ils sont soumis, c'est à l'acte de société qu'ils sont devenus parties par la publicité : ils devront donc subir la clause. Mais il faudra pour cela que cette restriction au capital social reçoive la même publicité que le chiffre de ce capital, par dépôts et par extrait : car les tiers doivent connaître leur gage et pouvoir en apprécier le montant (1).

En résumé donc les commanditaires ne pourront opposer à l'action directe des tiers les conventions, transactions, remises, de quelque nom qu'on les

(1) Cass. 8 mai 1867 S. 67. 1. 253.

Cass. 7 Nov. 1899 S. 1901. 1. 513. D. 1900. 1. 369, note Thaller.

Cass. 15 Nov. 1910. S. 1911, note Lyon-Caen.

qualifie, intervenues entre eux ou quelques uns d'entre eux et la gérance, dont le résultat serait de réduire le chiffre de la commandite et par conséquent de diminuer le gage offert.

EXTINCTION DE OBLIGATION

Le commanditaire peut-il opposer au créancier poursuivant l'extinction complète de son obligation? En principe, on doit répondre par l'affirmative, mais dans le détail des exceptions invoquées, quelques restrictions seront nécessaires.

Tout d'abord, si le commanditaire a réellement payé aux gérants l'apport promis, il ne doit plus rien et la quittance de la société sera pleinement valable contre les créanciers. Il faut en dire autant de tous les modes de libération qui doivent être regardés comme un paiement réel : ainsi la remise d'effets de commerce acceptés ou garantis, ainsi la remise d'un chèque alors que provision existe chez le tiré. Que décider en cas de dation en paiement? Nous pensons que cette exception ne pourrait arrêter l'action directe du créancier. C'est, en effet, aussi bien en sa faveur qu'en celle des co-associés que la loi ordonne la souscription intégrale du capital social, la vérification et l'approbation des apports faits en nature. Il est donc admis à méconnaître l'exception de dation en paiement, puisque dans ce cas, il ne peut compter sur la garantie des précautions formelles voulues par la loi au moment de

la constitution de la société, et que cette façon détournée de faire des apports en nature permet, à juste titre, de soupçonner la fraude de ses droits (1).

En résumé, l'acquittement par le commanditaire de son obligation envers la société arrête l'action directe des créanciers. A la société, aux créanciers sociaux il avait promis l'apport; l'apport réalisé, sa dette est éteinte envers ses deux créanciers.

Ce que nous disons du paiement direct, faut-il l'étendre à ce paiement indirect qu'est la compensation légale? Très évidemment, si le commanditaire en faveur de qui existerait une cause de compensation était poursuivi par la société, il paralyserait son action, il en en serait de même pour le créancier usant de l'action oblique.

A notre avis, cette exception sera valablement opposée aussi à l'action directe. En effet, la compensation s'opère entre deux personnes qui se trouvent débitrices l'une envers l'autre, elle ne suppose donc que deux dettes. Dans le cas qui nous occupe, il y a un seul débiteur, une seule dette, mais deux créanciers de la même dette, celle-ci régulièrement éteinte vis-à-vis de l'un, rien ne subsiste plus et l'autre est sans droit.

Cependant, cette solution exacte quand la société est existante et in bonis, ne l'est plus quand survient la faillite. Le rang de tous les créanciers est fixé par la

(1) Cas. 10 Mai 1869 (D. 1869, I. 323).

faillite. Si, avant, l'actif égalant le passif il n'y avait aucun inconvénient à ce que les créanciers se fassent payer dans un ordre quelconque, après ce moment il est à craindre que tous ne puissent être réglés, que les derniers à se présenter ne soient pas payés. La justice veut donc que l'exception de compensation ne puisse plus être invoquée par le commanditaire après la faillite, ce lui serait un moyen d'obtenir surement son parfait paiement, ce qui ne peut avoir lieu sans privilège spécial et ne saurait se produire sans porter préjudice aux droits acquis aux autres créanciers. Les commanditaires, en admettant une thèse contraire, se trouveraient toujours dispensés du versement de leur mise, leur suffisant pour cela de se procurer, au moment voulu, une créance contre la société. Ils seraient alors les seuls à ne pas perdre à la faillite ! (1).

Dans l'hypothèse inverse d'un créancier qui serait en même temps débiteur de la société, le commanditaire poursuivi sera-t-il admis à lui opposer la compensation ? Il faut supposer bien entendu que la dette du tiers est inférieure à sa créance, si elle lui était égale ou supérieure en effet, il ne serait plus créancier. Il suffit qu'il soit créancier pour se prévaloir de l'art. 1166 et exercer l'action pro socio. La société est incontestablement créancière de toute la mise et l'associé ne pourra invoquer le montant de la créance

(1) Req. 8 Avril 1843. D. P. 1843. I. 248. Pont n° 1431.

sociale pour se dispenser de verser son apport entier. Le tiers usant de son action directe ne pourra le faire que dans la limite de son intérêt et c'est à bon droit que le commanditaire lui opposera la compensation. Ce dernier en effet est tenu envers la société de toute sa mise, mais envers les tiers s'il n'est pas obligé au delà de l'apport promis, il n'est encore tenu de cet apport que dans la limite de leur créance.

PRESCRIPTION

Une exception que peuvent assurément invoquer les commanditaires c'est bien la prescription. C'est en effet une exception de droit commun, mise à la disposition de tous les débiteurs sans distinction. Elle est d'intérêt public. Mais, suivant la situation de ceux qui s'en servent ou contre qui on s'en sert, ses délais varient. Il nous faut donc distinguer.

En principe pendant la durée de la société le commanditaire poursuivi par l'action directe ne pourra opposer au créancier que la prescription trentenaire de l'article 2262 du Code civil. Cette prescription s'appliquera donc toutes les fois qu'une disposition particulière ne sera pas venue accorder un délai plus court.

La société continuant d'exister l'associé peut céder son titre. Dans ce cas l'art. 3 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par les lois de 1902 et 1903 spécifie que les titulaires, cessionnaires intermédiaires et souscripteurs qui sont tenus solidairement du montant de l'action,

cesseront deux ans après la cession de leur titre d'être responsables des versements non encore appelés.

Après la dissolution de la société les actions contre les associés non liquidateurs ne peuvent plus être intentées que pendant cinq ans (art. 64 c. de com.). La question de savoir à quelles actions exactement s'applique la prescription de cinq ans est controversée. Cependant une grande partie de la Doctrine et la Jurisprudence tendent à reconnaître qu'elle concerne uniquement l'action des tiers contre les associés, l'action directe par conséquent c'est bien notre avis.

Les travaux préparatoires nous révèlent que les rédacteurs du Code l'entendaient ainsi (1). Les termes de l'article 64 semblent l'indiquer clairement quoique d'une façon très concise. Si, en effet, les actions contre les associés non liquidateurs se prescrivent par cinq ans, celles qui sont dirigées contre les liquidateurs associés ou non ne se prescrivent pas par cinq ans. Or l'action exercée contre le liquidateur est celle que l'on a contre la société. C'est celle-là qui amènera fatalement ce dernier à exercer l'action pro socio, action pro socio qu'on exercera à sa place s'il ne s'y résout pas. Les actions de la société ne se prescriront pas par cinq ans qu'elles soient maniées par la société elle-même représentée par son liquidateur ou par les tiers en vertu de l'art. 1166. Si donc l'action oblique ne se prescrit pas par cinq ans la disposition de l'art. 64 ne s'applique qu'à l'action directe.

(1) Locré. T. XVII^e p. 270 et s.

Décider le contraire eut d'ailleurs été méconnaître le principe d'égalité qui doit régir les associés. Les opérations de la liquidation peuvent être très longues, et arrêter les recours après cinq ans eut été imposer peut-être à un associé de grandes pertes, laisser au liquidateur de grands bénéfices. Les rapports qui subsistent entre les associés sont ceux de la société et du mandat : il n'y a pas de raison pour que les actions nées directement de ces contrats se prescrivent plus brièvement que celles nées de tout autre contrat (1).

Notons enfin que contre cette arme possible de son débiteur le créancier pourra faire valoir les causes de suspension du droit commun (art. 2247 c. civ.) et qu'il l'empêchera utilement de se former par une poursuite judiciaire.

(1) Boistel. Traité de Dr. Com. n° 393.

CHAPITRE IV

DE LA COMPÉTENCE

Maintenant que nous avons reconnu aux créanciers sociaux une action directe contre les commanditaires, que nous avons étudié les exceptions que ceux-ci pourront leur opposer, une question importante se pose et qui est de savoir devant quel juge les intéressés devront comparaître.

Le commanditaire, très certainement, n'est pas un commerçant : un commerçant étant par définition (art. 1 du Code de Com.) un individu qui fait sa profession habituelle des actes de commerce. Ceci n'a jamais été contesté par personne.

Mais l'engagement de commanditaire est-il civil ou commercial? C'est là une question très controversée. Cependant, il faut reconnaître que maintenant, la grande majorité de la Doctrine et la Jurisprudence se sont fixés dans le sens de la commercialité.

En principe, tout acte est présumé civil, à moins qu'on établisse qu'il renferme tous les caractères distinctifs de l'acte de commerce ou qu'il ne soit qualifié tel par la loi. La législation commerciale a, en effet, un caractère exceptionnel : elle ne s'applique qu'à une catégorie de personnes, qu'à une catégorie d'actes. Le droit civil forme le droit commun, et toutes les fois qu'en faveur du commerce le Législateur n'aura pas

spécifié d'exceptions, ses dispositions seront souveraines.

Nous ne parlerons pas des caractères distinctifs des actes de commerce, car tout en leur étant essentiels, ces caractères ne leur sont pas propres. Ils se retrouvent dans tous les actes de commerce et doivent s'y retrouver, mais on les voit aussi bien dans nombre d'actes civils. On s'accorde à en reconnaître trois qui se tiennent de très près : l'acte de commerce est à titre onéreux, il implique une pensée de spéculation, il est motivé par un intérêt privé. Le commerce ne se comprend pas s'il n'a pour but principal l'enrichissement de celui qui l'entreprend. Quoi qu'il en soit, cette constatation n'est que d'un faible intérêt dans la discussion présente, car si tous ces caractères paraissent dans l'engagement du commanditaire, du fait même qu'ils ne sont pas spéciaux à l'acte de commerce ils ne peuvent, à eux seuls, servir de critérium.

Le Législateur a pris soin de déterminer les actes de commerce dans l'article 632. L'achat d'une part d'intérêt ou d'une action dans une commandite ne figure pas dans la liste. D'où, nouvelle question, cette liste est-elle limitative? C'est notre avis, car à moins que l'on ne s'en exprime formellement, toute liste en soi est limitative : dresser une liste des actes de commerce, c'est considérer comme civils tous les actes qui n'y sont pas compris. Mais, en plus de cette raison de principe de décider, il faut reconnaître ici surtout le

caractère limitatif, puisque la législation commerciale est, nous venons de le dire, un droit d'exception. Cependant, il ne faudrait pas pousser la théorie à ses extrêmes limites et l'appliquer avec une rigueur excessive. On aurait tort de conclure que les dispositions de la loi doivent être entendues littéralement. La lettre indique l'esprit et qui ne voit que la lettre ignore l'esprit. Rien n'empêche, en notre matière, de raisonner par analogie et de considérer comme virtuellement compris dans l'énumération légale tous les actes qui offrent avec ceux indiqués par la loi une ressemblance évidente.

Malgré cette interprétation bienveillante de la loi il faut bien néanmoins reconnaître que l'engagement de commanditaire ne figure pas dans l'article 632, que même il ne se rattache à aucun des actes qui y sont énumérés.

Mais, a-t-on dit, il est bien entendu qu'il ne s'agit pas ici d'un acte commercial en lui-même, à titre principal. Non, c'est un acte commercial en vertu de la théorie de l'accessoire (1). La souscription devient un acte de commerce par le fait même de l'entrée du souscripteur dans une société de commerce. Par cet acte il prend l'engagement, même envers les tiers, de payer au moins jusqu'à concurrence de sa mise, les obligations commerciales quelconques de la société.

(1) Boistel n° 211. Ch. Labbe p. 40.

Cet engagement est un des éléments de la constitution de la société qui est le premier acte de la vie commerciale de cette société.

Est-ce faire là une application bien exacte de la théorie de l'accessoire ? Car cette théorie n'est pas une invention faite de toutes pièces par les jurisconsultes, elle a sa base dans le Code. « Les tribunaux de commerce connaîtrons : 1° des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers.... » dit l'art. 631 al. 1, et l'article 632 insiste et déclare que « la loi répute actes de commerce.... toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers. » Les auteurs s'accordent à remarquer que la rédaction de ces deux articles est défectueuse en ce qu'elle semble exiger pour qu'un acte ordinairement civil devienne commercial que les deux parties en présence soit commerçantes. C'est en effet là une erreur et il est clair que le même acte ne peut voir sa nature changer parce que celui qui l'accomplit a en face de lui un co-contractant commerçant ou non. L'acte est commercial uniquement parce qu'il est fait par un commerçant pour les besoins de son commerce : son but, la qualité de la personne qui le pose ont seuls influence sur lui.

C'est là une théorie qui élargit beaucoup et très logiquement la liste des actes de commerce par nature.

Mais c'est la méconnaître que de l'exagérer comme le font les adversaires de notre opinion.

Il faut en effet, dans une situation comme celle qui nous occupe tenir compte de deux éléments : l'acte et la personne. La personne est commerçante ou non, l'acte est commercial ou non par nature, certains actes nous venons de le voir peuvent dans certains cas devenir commerciaux.

Ces principes posés, qu'est l'engagement du commanditaire ? Il n'est pas commercial par nature, car il ne figure pas dans la liste que nous donne le Code. Il n'est pas commercial par la théorie de l'accessoire, car il n'est pas accompli par un commerçant pour les besoins de son commerce. Ce n'est pas un acte secondaire se rattachant à un ensemble d'opérations. C'est, dans l'hypothèse, un acte isolé fait par un individu qui désire réaliser un placement avantageux de ses capitaux. C'est un acte d'administration d'une fortune particulière.

Cela peut être un acte commercial pour la société, mais cela n'en est pas un au regard du commanditaire. La souscription rentre dans la catégorie reconnue par tous et très étendue des actes mixtes.

Un argument meilleur consisterait à dire que les opérations de la société sont commerciales et que le gérant les accomplit pour l'associé à responsabilité limitée comme pour lui-même. Il n'est pas possible qu'elles changent de caractère suivant qu'elles atteignent l'un des associés ou l'autre.

Cependant il semble bien que la situation respective

des deux sortes d'associés que comprend la commandite ne soit pas la même. Les articles 20 et 24 du Code de Commerce indiquent une différence capitale : les associés en nom sont personnellement commerçants, les commanditaires ne le sont pas. Ces derniers certes sont associés, mais leur fonction spéciale dans la société est de fournir des capitaux : ils sont « bailleurs de fonds ». Ils doivent rester cachés au public : tout acte de gestion leur est formellement interdit. Or l'acte de commerce n'est-il pas par nature un acte public ? (1)

En tous cas quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur cette question, que l'on considère la souscription comme commerciale ou comme civile : cela n'aura pas d'influence sur le choix de la juridiction compétente pour les contestations qui pourront surgir entr'associés, car le Code l'a déterminée dans son article 631 par. 2. Le tribunal de Commerce connaîtra des actions en nullité, en responsabilité du gérant, en versement de mise etc.... Lorsque des créanciers agiront par l'action oblique c'est donc devant le tribunal consulaire qu'ils assigneront.

Mais que décider lorsqu'ils feront usage de l'action directe ? Aucune hésitation pour nous ne doit se produire, car admettant le caractère civil de l'obligation du commanditaire nous aurions décidé même dans le cas de l'action oblique en faveur de la compétence du

(1) Pont. N° 1424.

Thaller. N° 242.

tribunal civil si un texte n'avait tranché différemment la question. Nous maintenons donc cette compétence lorsque les créanciers sociaux s'attaquent directement aux commanditaires. En faveur de la doctrine que nous avons soutenue plus haut vient, en effet, s'ajouter un argument nouveau de ce que le Code soumet expressément et seulement à la juridiction commerciale les procès entr'associés. Dans ce titre 2 du livre 4 où il traite de la compétence des tribunaux de Commerce le Code sans poser de principes très généraux procède plutôt par espèces particulières, en plus d'un article il aurait pu trancher la question, il ne l'a pas fait. De ce silence on aurait déjà pu conclure à la compétence civile : a plus forte raison donc appliquera t-on le raisonnement a contrario, puisque la loi a soumis seulement au tribunal de Commerce les contestations entre associés.

Vu : *Le Président,*
THALLER.

Vu : *Le Doyen,*
CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Notions générales et historiques.	
Détermination de la nature de la commandite . . .	1
CHAPITRE PREMIER. — De l'action oblique. Son insuffisance	22
CHAPITRE II. — De l'action directe	31
SECTION I. — L'action directe en Italie..	33
SECTION II. — L'action directe sous l'ordonnance de 1673.	40
SECTION III. — L'action directe en droit actuel	51
CHAPITRE III. — Des exceptions que pourront opposer les commanditaires à l'action directe des créanciers sociaux.	76
CHAPITRE IV. — De la compétence	98
